Das Prinzip der Güterabwägung und seine Bedeutung im Strafrecht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Lothar Kohlstruck

Gerichtsreferendar aus Berlin-Tegel.

1937

Druckerei und Verlag wissenschaftl. Werke Konrad Triltsch, Würzburg

Als Dissertation der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 11. Dezember 1936.

Berichterstatter:

1. Prof. Dr. Zimmerl, Marburg,
2. Prof. Dr. Schwinge, Marburg.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. **Einleitung** 1

§ 2. **Das Prinzip der Güterabwägung in der Rechtsgeschichte** 3
Römisches Recht — Kanonisches Recht — Germanische Volksrechte — Sachsenspiegel — Constitutio Criminalis Carolinae — Preußisches Allgemeines Landrecht — Preußisches Strafgesetzbuch von 1851.

§ 3. **Rechtfertigungsgründe und Entschuldigungsgründe** 12

§ 4. **Das geltende Recht** 15
Regelung der Notwehr in § 53 StGB — Notstandsregelung in § 54 StGB — Die Lehre vom übergesetzlichen Notstand.

§ 5. **Die Theorien über das Prinzip der Güterabwägung** 28
1. Güterabwägungstheorie 28
Inhalt — Entstehungsgeschichte — Rudolf Merkel — gegen diese Theorie erhobene Bedenken — welcher Wert ist im Einzelfall maßgeblich: der subjektive oder der objektive?
2 Die Zwecktheorie: 35
Graf zu Dohna — Eberhard Schmidt — seine Bedenken gegen die Güterabwägungstheorie — Stellung der Zwecktheorie zu dem Satz „Der Zweck heiligt die Mittel" — in der Literatur erhobene Bedenken.
3. Hegler und sein Prinzip des wahren Wohls 40
4. Oetker und sein Prinzip des kleineren Übels 40
5. Hold von Ferneck und seine Lehre von der Proportionalität . . 41

§ 6. **Eigene Stellungnahme zu den Theorien und Kritik der derzeitigen gesetzlichen Regelung der Güterabwägung** 44
1. Hegler und Oetker 44
2. Hold von Ferneck 44
3. Die Zwecktheorie 45
4. Die Güterabwägungstheorie 47
Gefühlsmäßiger Aufbau des geltenden Notstandsrechts — Bedeutung der Berücksichtigung der „Konkreten Werte" des Einzelfalles — Größe der Gefahr — Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintrittes Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente —.
5. Kritik der gesetzlichen Regelung des geltenden Rechts 61
Notwehr — Notstand — übergesetzlicher Notstand —.

§ 7. **Auseinandersetzung mit der Lehre Schaffsteins: „Das Verbrechen eine Pflichtverletzung".** 67
Darstellung der Lehre — Kritik — Ablehnung — auch der alte Rechtsgutsbegriff ist überholt — ein neuer sozialgemeinschaftsbezogener Rechtsgutbegriff.

§ 8. **Der amtliche Entwurf** 77
1. Allgemeines 77
2. Stellung zur Notwehr 77
Kritik — das Kriterium der „wahren Volksanschauung" —.
3. Stellung zum Notstand 80
Kritik — Zustimmung zu der Verallgemeinerung.

§ 9. **Schlußbemerkungen** 83

§ 1.

Einleitung.

Im ersten Augenblick mag es müßig erscheinen, heutzutage noch das Prinzip der Güterabwägung zum Thema für eine Dissertation zu wählen. Gehört doch dieses Prinzip in das Gebiet des Rechts des Notstandes und der Notwehr; ein Gebiet über das in den letzten Jahrzehnten eine Flut von Werken und Abhandlungen veröffentlicht worden ist. Über das Prinzip der Güterabwägung, das nur ein kleines Problem aus dem großen Kreis der Probleme des genannten Rechtsgebietes darstellt, sind jedoch bisher nur wenige Abhandlungen erschienen. Vor allem fehlt es an Arbeiten, die das Prinzip in seiner Gesamtheit darstellen. Schon aus diesem Grunde hat der im folgendem unternommene Versuch einer Darstellung dieses Prinzips eine gewisse Daseinsberechtigung.

Es sind in der Wissenschaft viele Argumente für und wider die praktische Anwendungsmöglichkeit unseres Prinzips geltend gemacht worden. Ein starres Bejahen des Prinzips und seiner Anwendbarkeit in allen Fällen würde genau so zu unbilligen Ergebnissen in der Praxis führen wie eine konsequente Ablehnung. Es wird unsere Aufgabe sein darzulegen, inwieweit die Güterabwägung Geltungsberechtigung hat und die Fehler, die bei ihrer Behandlung gemacht worden sind aufzudecken.

Das Reichsgericht [1]) beschäftigt sich in einer neueren Entscheidung bezgl. des Selbsthilfe- und Notstandsrechts mit dem Güterabwägungsproblem und sagt wörtlich: „Der Gedanke der Güter- und Pflichtenabwägung hat von je auf dem Gebiete des mit der Selbsthilfe verwandten Notstandes eine große Rolle gespielt und im neueren Schrifttum und in der neueren Rechtsprechung eine immer wachsende Bedeutung gewonnen." Weiterhin fährt der höchste Gerichtshof dann in der genannten Entscheidung fort: „Die Reichsregierung trägt sich mit dem Gedanken auch für die Notwehr der Verhältnismäßigkeit der Güter eine entscheidende Bedeutung einzuräumen."

Mit der Frage, welche Rolle die Güterabwägung im Strafrechts-

[1]) Urteil vom 3. Oktober 1935. Abgedruckt in der Deutschen Justiz, Nr. vom 1. November 1935, Seite 1592—1594.

entwurf und in einem kommenden nationalsozialistischen Strafrecht zu spielen hat, werden wir uns im Verlauf unserer Untersuchungen eingehend zu beschäftigen haben.

Weiterhin wird eine Auseinandersetzung mit einer modernen Lehre erforderlich sein, die das Verbrechen nicht mehr als eine Rechtsgutsverletzung, wie dies bisher geschehen ist, sondern als eine Pflichtverletzung ansieht. Sollte sich die Richtigkeit dieser Auffassung erweisen, so würde das eine Umwälzung der gesamten Strafrechtswissenschaft zur Folge haben und auch das Güterabwägungsprinzip wäre dann überflüssig; es wäre dann nur noch von rechtsgeschichtlichem Interesse.

Aus diesen wenigen, nur andeutungsweise hervorgehobenen Punkten läßt sich ersehen, daß es auch heute, oder besser gesagt, gerade heutzutage berechtigt ist, sich mit der Frage der Güterabwägung und ihrer Bedeutung für das Strafrecht zu beschäftigen und auseinanderzusetzen.

§ 2.

Das Prinzip der Güterabwägung in der Rechtsgeschichte.

Wenn in dieser Arbeit das Prinzip der Güterabwägung und seine Bedeutung für das Strafrecht dargelegt werden soll, so erscheint es erforderlich, zunächst, wenn auch nur in großen Umrissen, die Stellung, die dieses Prinzip in der Geschichte der Rechte eingenommen hat, auseinanderzusetzen. Es wird sich herausstellen, daß bereits frühzeitig Ansätze für die Vornahme einer Güterabwägung zu finden sind, daß die Güterabwägung als Prinzip jedoch erst verhältnismäßig sehr spät in der Neuzeit Anerkennung gefunden hat.

1. Römisches Recht:

Nicht zu Unrecht wird das römische Strafrecht als das Stiefkind der römischen Rechtswissenschaft bezeichnet. Eine einheitliche, innere Durchbildung und Gliederung hat es nirgend erfahren. Einzelnen strafrechtlichen Satzungen, aus den gelegentlichen Zeitbedürfnissen hervorgegangen und diesen Befriedigung gewährend, stehen lose nebeneinander, die zusammenhaltende Vermittlung fehlt [1]). So ist es begreiflich, daß es auch an einer allgemeinen Regelung der Notwehr und des Notstandes, die im gegebenen Zusammenhange interessieren, da bei ihnen die Frage nach einer Güterabwägung problematisch wird, fehlt.

Die Rechtssätze, die die Notwehr regeln, um nur ein Beispiel für das Gesagte anzuführen, finden sich zerstreut, hauptsächlich in den Pandekten bei Gelegentheit der Behandlung der lex Aquilia, des Interdictum de vi et vi armata u. a. [2]).

Davon, daß den Römern das Prinzip der Güterabwägung im heutigen Sinne bereits bekannt gewesen ist, kann nicht gesprochen werden. Es wird bei der Verteidigung des Eigentums gegen den nächtlichen Dieb dessen Tötung ohne Einschränkung zugelassen. So schon in den LEGES XII TABULORUM. In Tabula VIII dieses Gesetzes

---

[1]) Stammler: Seite 43.
[2]) Geyer: Seite 54.

findet sich die Vorschrift: „Si nox furtum faxsit, si im occissit iure caesus esto.“ [3]) Das Maß der Verteidigung wird abhängig gemacht von der Stärke des Angriffs und der Größe der drohenden Gefahr. Daß nur die Tötung des nächtlichen Diebes erlaubt war, ergibt sich daraus, daß der Angriff durch den Dieb bei Tage nicht für so gefährlich angesehen werden kann, als der gleiche Angriff zur Nachtzeit.

Es wäre falsch, wenn man behaupten wollte, daß in dieser Regelung der Notwehr das Prinzip der Güterabwägung bereits Anerkennung gefunden hätte. Das hieße dem Gesetzgeber einen Gesichtspunkt unterschieben, an den er bei Schaffung dieser Bestimmung nicht gedacht hat, der ihm noch unbekannt war. Trotzdem sind in dieser Bestimmung die ersten Ansätze für den Grundgedanken zu sehen, aus dem sich dann das Prinzip der Güterabwägung entwickelt hat. Wenn die Abkehr des Angriffs des nächtlichen Diebes keiner Beschränkung unterliegt, sondern jede Verteidigung, selbst die Tötung des nächtlichen Angreifers erlaubt ist, so liegt darin eine Abwägung der Gefährlichkeit. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß der Angriff des Diebes zur Nachtzeit bedeutend gefährlicher ist, als ein gleicher Angriff am Tage. In dieser Bestimmung muß ein, wenn auch ein verhältnismäßig schwacher und höchstwahrscheinlich unbewußter Ansatz des Prinzips der Güterabwägung gesehen werden. Es wird eine Abwägung der Gefährlichkeit der verschiedenen Angriffe — je nachdem ob sie zur Tages- oder Nachtzeit erfolgen — vorgenommen.

Ebenso wie in den LEGES XII TABULORUM ist auch dem Corpus Iuris die Güterabwägung unbekannt. Aber auch hier finden sich wieder Ansätze, die eine Vorstufe in der Entwicklung des Prinzips der Güterabwägung darstellen. Es seien hier nur zwei Beispiele dafür erwähnt, daß die Verteidigung von der Intensität des Angriffs abhängig gemacht wurde:

a) 1 3 § 9 dig. cod.: „Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere.“

b) const. 2 C 9/16 ad. leg. Com. de sic: „Is, qui adgressorem vel quemcumque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullam ob id factum calumniam metuere debet.“

Die Notwehrfälle jener Zeit werden meist so gelegen haben, daß Leben gegen Leben stand und auf beiden Seiten Waffen benutzt

[3]) Bruns: Fontes..... Seite 30.

wurden[4]). Aus der Stelle C 1 § 4 Dig. 48/8: „Itum divus Hadrianus rescripsit eum, qui stuprum sibi vel suis per vim interentem occidit, dimittendum," geht klar hervor, daß bei bloßer Gewaltanwendung des Angreifers, wodurch die Ehre des Angegriffenen verletzt wurde, bis zur Tötung des Angreifers geschritten werden konnte. Es war dem Angegriffenen überlassen, daß Maß der Verteidigung zu bestimmen: „VIm illatam propulsare inculpatae tutelae moderabime[5]).

Wenn die Verteidigung von der Intensität des Angriffs abhängig gemacht wird, so liegt darin eine Abwägung der Stärke der jeweils drohenden Gefahr.

Zweifelhaft ist es, inwieweit beim Notstande eine Güterabwägung vorgenommen wurde. Die Lebensgefahr entschuldigte jede Verletzung. „Auf die Beschaffenheit des Kollisionsverhältnisse kommt es nicht weiter an. Das Periculum für sich allein reicht aus"[6]). Wenn dagegen Vermögenswerte in Gefahr sind, dann kann die gleiche Entscheidung nicht gelten. Die Forderung eines bestimmten Verhältnisses der kollidierenden Güter drängt sich von selbst auf[7]). Die römischen Quellen setzen eine zu mindestens qualitative Verhältnismäßigkeit voraus. Die Frage nach der Güterabwägung beim Notstand im römischen Recht muß dahingehend beantwortet werden, daß sie vorgenommen wurde, wenn Vermögenswerte in Gefahr waren. Wir folgen hierin der Ansicht Jankas. Aber auch bei der Lebensgefahr muß eine Güterabwägung bejaht werden. Das Leben war das höchste Rechtsgut, welches es gab; ein Angriff gegen dieses Gut konnte mit allen Mitteln vereitelt werden. Es fehlte an einem Rechtsgut, das einen noch höheren Schutz bedurft hätte. In diesem Gedankengang, daß kein Gut einen höheren Schutz zu beanspruchen hat als das Leben, da dieses das höchste Gut des Menschen ist, liegt eine Güterabwägung dergestalt, daß das Leben allen anderen Rechtsgütern vorgezogen wird.

2. Kanonisches Recht:

Im Corpus Juris Canonici findet sich die Güterabwägung für bestimmte Fälle. Wenn sich jemand in Notwehr befindet, hat er den

---

[4]) Rein: Röm. Criminalrecht. Seite 142.
[5]) Const. 1 C. 8/3 unde vi.
[6]) Janka: Seite 48.
[7]) Janka a. a. O.

Angriff „cum moderamine inculpatae tutelae non ad sumendam vindictam, sed ad iniuriam" abzuwehren [8]). Das Maß der Abwehr richtet sich nach der Gefahr oder anders ausgedrückt, durch die Eindringlichkeit des Angriffs ist die erforderliche Abwehr bedingt. Während aber nach geltendem Recht im Rahmen der Erforderlichkeit jedes Mittel zur Abwehr erlaubt ist, und damit eine Güterabwägung verneint wird, gilt der Grundsatz der Güterabwägung im kanonischen Recht; denn nur bei einem lebensgefährlichen Angriff ist die in Notwehr vorgenomene Tötung straflos [9]). Wenn es sich dagegen um Angriffe auf das Eigentum handelt, so wird eine Tötung nicht gestattet, weil nach kirchlicher Auffassung wegen vergänglicher Dinge nicht ein menschliches Leben auf das Spiel gesetzt werden soll [10]). Auch bei Notstandshandlungen wird eine Güterabwägung vom kirchlichen Recht verlangt. Aus allen Stellen, die das kanonische Recht über den Notstand enthält, z. B. die an einigen Stellen hervorgehobene Straflosigkeit des in Hungersnot begangenen Diebstahls, des sogenannten Notdiebstahls [11]), geht hervor, daß nur die zur Rettung des gefährdeten Lebens vorgenommenen Notstandshandlungen straflos bleiben sollen. In diesem Falle ist jede Rechtsverletzung statthaft, auch die Vernichtung oder Beschädigung fremden Lebens bleibt straflos.

3. Germanische Volksrechte:

Eine Güterabwägung findet in den Volksrechten bei der Notwehr nicht statt. Die Notwehr entwickelte sich aus dem Recht der Rache. Im Racherecht gibt es jedoch keine Grenzen; Rache ist maßlos. Nach germanischem Recht bricht derjenige, der unberechtigt einen anderen angreift, den Frieden und wird dadurch friedlos. Der Friedlose darf von jedem getötet werden [12]). Dieses Tötungsrecht kann nicht als Notwehr im Sinne unseres heutigen Notwehrbegriffes angesehen werden. Notwehr im heutigen Sinne ist erst dann möglich, wenn mit dem Erstarken der Staatsgewalt das Selbsthilfe- und Racherecht des Einzelnen zugunsten des staatlichen Vergeltungsrechtes eingeschränkt wird. In den germanischen Volksrechten sind Notwehr und

---

[8]) c. 18 X de homicid vol et cas 5/12.
[9]) Vergleiche: c 2 X de homicid.
[10]) c 10 X de homicid.
[11]) C 3 X de furt. 5, 18.
[12]) Brunner: § 8, Seite 18.

Tötungsrecht, also Verteidigung und Rache noch nicht scharf voneinander getrennt [13]). Deshalb kann auch von einer Güterabwägung nicht gesprochen werden.

Das ältere Recht anerkennt den Notstand, aber nicht die Güterabwägung. Dies geht aus einer Reihe von Fällen hervor, welche sich in den Rechtsquellen jener Zeit finden. So durfte ein Reisender, der vom Hunger geplagt wurde und menschliche Wohnungen nicht erreichen konnte, fremde Früchte zur Stillung des Hungers straflos an sich nehmen. Auch weisen eine große Zahl von Rechtssprichwörtern darauf hin, die alle darauf hinauslaufen, daß die in Not begangene Handlung entschuldbar sei, wenn das Recht sie sonst auch für strafbar erklärt. Als einige von vielen seien erwähnt: „Noth kenn kein Gebot." „Ein Nothschlag, kein Todtschlag." „Noth sucht Brod, wo sie es findet." Goethe hat diesen Gedanken wiedergegeben in den Worten: „Der leidige Hunger kennt keine Gesetze, die Noth entbindet vom Eidschwur." [14])

4. Der Sachsenspiegel:

Im Sachsenspiegel bietet die Frage nach einer Güterabwägung keine Schwierigkeiten. Wer sich in Notwehr befindet, ist zu jeder Abwehr des Angriffes, auch zur Tötung des Angreifers berechtigt [15]). Planck [16]) drückt sich folgendermaßen aus: „Das Maß der Abwehr wird nicht durch die Umstände geboten."

Auch beim Notstand fehlt das Prinzip der Güterabwägung. Eine allgemeine Notstandsregelung fehlt im Sachsenspiegel. Es werden nur einzelne Notstandsfälle anerkannt [17]).

5. Constitutio Criminalis Carolinae:

Die Carolina enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Frage der Güterabwägung, weder bezüglich der Notwehr, noch

---

[13]) ähnlich Geyer Seite 89.
[14]) Reinicke Fuchs, IX. Gesang.
[15]) Eisenmann: Seite 11.
[16]) Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter: Seite 100.
[17]) Sachsenspiegel II, 68: „Erliegt dem wegfahrenden Manne sein Pferd, so mag er wohl Korn schneiden und es ihm geben, soweit er reichen kann, stehend mit einem Fuß auf dem Wege. Er soll es aber nicht von dannen führen." (In der Ausgabe v. J. Carl Wilhelm Gärtner, Leipzig 1792).

beim Notstand. Die Beantwortung dieser Frage fällt daher der Wissenschaft zu. Wenn in Art. 140 die Güter, die sich gegenüber stehen, Leib und Leben sind, so ist darin noch kein Anhalt für die Güterabwägung gegeben [18]). Sie muß deshalb abgelehnt werden, weil bei Angriffen auf Leib und Leben, bei denen nach der Carolina unbestritten Notwehr statthaft war, jede Verteidigung, selbst die Tötung des Angreifers erlaubt war. Diejenigen Schriftsteller, die eine Güterabwägung bejahen zu müssen glauben [19]), versuchen sie aus der Eigentumsnotwehr zu beweisen. Da es aber zweifelhaft ist, ob und in welcher Art die CCC bei Angriffen gegen das Eigentum Notwehr zuläßt, kommt es leicht einer Selbsttäuschung gleich, wenn man strittige Punkte heranzuziehen versucht, um anderweitige Zweifel damit zu lösen. Für die Eigentumsnotwehr sei auf Carpzow [20]) verwiesen, der sich für die Güterabwägung ausspricht: „Nisi res illae (res sua, possessio sua) fuerint viles et exiguae, ob quas nec infero contentioso hominem occidere licet.... „Seiner Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden; man kann zwar über Art. 150 („ihm so eyner zur rettung eynes andern leib, leben oder gut jemandt erschleicht") zur Bejahung der Eigentumsnotwehr kommen, niemals aber zur Annahme einer Güterabwägung, denn das Gesetz selbst läßt dadurch, daß es von „erschlagen" spricht, jegliche Verteidigung zu.

Betrachten wir nun die Lage, wie sie sich beim Notstand zeigt. Eine allgemeine Notstandsreglung kennt die Carolina nicht. „Nur zaghaft, gleich als fürchte er sich die Finger an ihm zu verbrennen, tritt hier der Gesetzgeber an den Gegenstand heran [21]). Die Carolina regelt nur den Fall, abgesehen von dem dem Art. 145 zugrunde liegenden Fall der Tötung eines unbeteiligten Dritten bei der rechtmäßigen Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs, daß jemand in rechter Hungersnot fremde Eßwaren entwendet. (Art. 166.) Eine Erweiterung bringt Art. 175, in welchem ein in Not verübter Diebstahl auch bei anderen Gegenständen als Lebensmitteln für entschuldbar gilt [22]). Die herrschende Lehre des gemeinen Rechts [23]) hat eine Ausdehnung dahingehend zugelassen, daß fremde Sachen jeder

---

[18]) Knetsch: Seite 71.
[19]) Knetsch: Seite 70. Geyer: Seite 138.
[20]) Carpzow: a. a. O. Seite 231.
[21]) Titze: Die Notstandsrechte im BGB..: S. 63.
[22]) Kreß: Comm. in CCC not. 4 zu Art. 166.
[23]) Vergl. Kreß, Carpzow, Berlich, Schott, Koch, u. a. Bei Kreß Art. 166 § 2 taucht der allgemeine Begriff der „necessitas" auf, der nichts anderes als der Begriff Notstand sein soll. (Nach Ansicht von Schaffstein in Allgemeine Lehren vom Verbrechen Seite 84.)

Art ungeahndet weggenommen werden dürfen, sobald dies zur eigenen Erhaltung notwendig wäre. Ein Eingriff in fremdes Eigentum zum Zwecke der Erhaltung des eigenen Lebens wurde gesattet, weitere Eingriffe waren durch die Fürsorge für die eigene Existenz nicht gerechtfertigt [24]). Darin, daß zur Erhaltung des Lebens in fremdes Eigentum eingegriffen werden darf, liegt aber eine Abwägung der Güter.

6. Das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR).

Als nächstes Gesetz, welches für die geschichtliche Entwicklung der Güterabwägung als bedeutsam angesehen werden muß, ist das Preußische Allgemeine Landrecht zu nennen. Das ALR ist insofern von großer Bedeutung für die Entwicklung, als in ihm zum ersten Male der Gedanke der Güterabwägung bewußt zum Ausdruck kommt. Betrachten wir zunächst die Notwehr, um im Anschluß daran den Notstand zu untersuchen. Außer den Bestimmungen des § 517, die verlangen, daß der Angriff „durch die Sache angemessene Hülfsmittel abgewendet werde", verlangt § 520 für die Notwehr zum Schutze des Eigentümers [25]), das zur Abwendung des Schadens gewählte Mittel müsse mit dem Schaden selbst, der durch die Notwehr abgewendet werden soll, im Verhältnis stehen. Die folgenden Paragraphen (§§ 521 ff.) verlangen für die Zulässigkeit einer lebensgefährlichen Verletzung des Angreifers, daß sie zum Schutze der Person des Angegriffenen oder zur Abwendung eines nicht wiedergutzumachenden Schadens an Besitz erforderlich seien und außerdem der Angegriffene ohne Gefahr für sich selbst den Angriff nicht ausweichen könne. Diese Regelung der Güterabwägung befriedigt nur wenig [26]). Dadurch, daß der Gesetzgeber bestrebt war, möglichst für jeden Fall im Gesetz eine Lösung zu geben, verliert er sich zu sehr in Einzelheiten. Nur Einzelfälle werden herausgearbeitet, ohne daß auf den Grundgedanken eingegangen wird. Die notwendige Folge ist, daß die Güterabwägung auch hier nicht genügend herausgearbeitet wird. An dieser Stelle zeigt sich sehr deutlich die übergroße Kasuistik des Preußischen Allgemeinen Landrechts. Auch in den freilich sehr spärlichen und ungenügenden Bestimmungen über den Notstand tritt die Güterabwägung in Erscheinung. So ist der

[24]) Stammler, Seite 32.
[25]) Eisenmann: Seite 17.
[26]) Eisenmann: Seite 12.

Diebstahl, der begangen wurde, um eine Lebensgefahr von sich abzuwenden, als Begnadigungsgrund aufgestellt. Weiter ergehen folgende Sätze über den Einfluß von Drohungen, durch welche jemand zur Begehung einer verbotenen Handlung bestimmt wurde: „Furcht vor Drohungen, deren Gefahr mit Hülfe des Staates oder sonst abgewendet werden konnten, rechtfertigt den Verbrecher nicht." [27]). § 20 besagt: „In wie fern der Bedrohte die Furcht zu überwinden und die Gefahr selbst abzuwenden vermögend gewesen ist, muß nach der Lage der Umstände, besonders aber nach seiner Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit beurtheilt werden." § 21 bestimmt schließlich: „Furcht vor einem bloßen Schaden am Vermögen oder vor Übeln, die in der Folge gehoben werden können, entschuldigt nicht die vorsätzliche Zufügung eines unersetzlichen Schadens."

7. Die deutschen Partikulargesetze im 19. Jahrhundert:

Die deutschen Partikulargesetze enthalten in den Bestimmungen über die Notwehr, die wir wiederum zunächst betrachten wollen, fast alle den Grundsatz, daß das bedrohte Gut mit dem durch die Verteidigung verletzten in einem angemessenem Verhältnis stehen muß, d. h. den Grundsatz der Güterabwägung. Als Beispiele seien die Gesetzbücher von Hannover [28]), Sachsen [29]), Baden [30]), und Braunschweig [31]) genannt. An der Art der Regelung ist ungeachtet der Tatsache, daß die Güterabwägung bald nur bei Angriffen auf Besitz und Eigentum, bald bei allen Gütern gefordert wird, was damit zusammenhängt, daß die Behandlung noch die einheitliche Linie vermissen läßt, zweierlei zu tadeln, worauf mit Recht Eisenmann [32]) hinweist. Die Gesetze drücken sich großenteils hinsichtlich der Güterabwägung derart unbestimmt aus, daß es schwierig ist, erlaubte Notwehrhandlungen von unerlaubten abzugrenzen. Außerdem macht sich teilweise noch eine übermäßig starke Kasuistik bemerkbar. Ein sehr treffendes Beispiel hierfür bietet das Badische Gesetzbuch [33]) in den §§ 87, 88.

Die gleichen Fehler, die bei der Güterabwägung bei der Not-

---

[27]) ALR Theil 2 XX § 19.
[28]) Stenglein, Band VI, Seite 45.
[29]) Stenglein, Band XIII, Seite 50.
[30]) Stenglein, Band VIII, Seite 40.
[31]) Stenglein, Band V, Seite 89.
[32]) Eisenmann: Seite 13/14.
[33]) Stenglein, Band VIII, Seite 40.

wehr zu bemängeln sind, finden sich auch bei der Regelung der Notstandsfrage. Außer dem Bayerischen Strafgesetzbuch [34]) von 1813 enthalten die Parkikularstrafgesetzbücher sämtlich eine Regelung des Notstandes und erkennen die Güterabwägung an [34]). Da im übrigen die Regelung fast die gleiche ist wie im geltenden Recht, erübrigt es sich auf Einzelheiten einzugehen, da im folgenden das geltende Recht ausführlich behandelt werden wird [35]).

8. Das Preußische Strafgesetzbuch von 1851:

Zum Abschluß unseres geschichtlichen Überblickes über die Entwicklung der Güterabwägung sei noch auf das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 kurz eingegangen. Dieses Gesetz läßt in seiner Notwehrvorschrift den Grundsatz der Güterabwägung fallen. Jedes Gut kann innerhalb der erforderlichen Verteidigung mit jedem Mittel verteidigt und geschützt werden. Mit dieser Regelung kommt das Gesetz dem Bestreben seiner Zeit, die Beschränkungen der Notwehr möglichst abzutun, entgegen.

Die Behandlung des Notstandes ist im Preußischen Gesetz von 1851 wenig erschöpfend. Die einzige Bestimmung in § 40 besagt: „Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der That wahnsinnig oder blödsinnig, oder die freie Willensbestimmung desselben durch Gewalt oder Drohung ausgeschlossen war." Jede allgemeine Notstandsbestimmung fehlte, nur der Fall der Bedrohung wurde, noch dazu in einer legislativ mehr als bedenklichen Weise aufgestellt und geregelt [36]). Unter diesen Umständen kann von einer Güterabwägung bei Notstandshandlungen im Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 nicht die Rede sein.

---

[34]) Stammler: Seite 53.
[35]) Vergleiche § 3 dieser Arbeit: Die Güterabwägung im geltenden Recht.
[36]) Vergleiche: Stammler: Seite 55.

§ 3.

Rechtfertigungsgründe und Entschuldigungsgründe.

Bevor wir uns mit dem Prinzip der Güterabwägung im geltenden Recht beschäftigen, ist es erforderlich, eine kurze Auseinandersetzung über den Unterschied zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe einzuschieben.

Wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, so wird dadurch die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen. Der Rechtfertigungsgrund läßt das Verbotene der Tat entfallen, er macht sie zu einer e r l a u b t e n.

Den Gehalt alles Unrechts stellt, wie Mezger mit Recht ausführt[1]), die I n t e r e s s e n v e r l e t z u n g dar. Für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes kommen deshalb zwei Momente in Betracht. Entweder entfällt das im Unrecht verletzte Interesse — sog. Prinzip des mangelnden Interesses — oder es steht diesem Interesse ein höherwertiges Interesse gegenüber, durch das das Unrecht zum Recht wird — Prinzip des überwiegenden Interesses —.

Eine Rechtfertigung durch das Prinzip des mangelnden Interesses geschieht dadurch, daß der im Tatbestand als verletzt gedachte Wille im Einzelfall zurücktritt[2]). Als Rechtfertigungsgrund nach dem Prinzip des mangelnden Interesses kommen in Frage: die Einwilligung des Verletzten und die mutmaßliche, von dem Täter angenommene Einwilligung des Verletzten. Eine Rechtfertigung nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses greift dann Platz, wenn ein höherwertiges Interesse dem verletzten Interesse gegenübersteht. Nach dem geltenden Recht gibt es drei Gruppen von Rechtfertigungsgründen dieser Art:

1. die überwiegenden Handlungspflichten, wie Berufspflichten, Erziehungspflichten u. ä.[3]),
2. besondere Handlungsberechtigungen, wie §§ 53 StGB, 228, 904 BGB, 127 StPO und

---

[1]) Mezger: Lehrbuch, Seite 205.
[2]) Mezger a. a. O., Seite 206.
[3]) Wir folgen hier Mezger, der eine erschöpfende Übersicht gibt. a. a. O., S. 206.

3. den Rechtfertigungsgrund des allgemeinen Güterabwägungsprinzips.

Eine Handlung, der ein wirksamer Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, ist ebensowenig Unrecht, wie eine Handlung, durch die überhaupt kein Unrecht begangen worden ist. Eine Handlung, der ein Rechtfertigungsgrund zur Seite steht, ist nicht „an sich" rechtswidrig, sondern von vornherein „rechtmäßig".

Während der Rechtfertigungsgrund die Rechtswidrigkeit einer Handlung ausschließt, wird durch einen Entschuldigungsgrund nur die Schuld des Täters ausgeschlossen. Der Entschuldigungsgrund läßt die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Täters bestehen; er entschuldigt die Tat nur, wobei die gesondert gearteten Verhältnisse des Täters eine nicht unbedeutende Rolle spielen. Als Entschuldigungsgründe sind im geltenden Recht anerkannt: §§ 52, 53 Abs. 3, 54, StGB. Außer diesen, im Gesetz verankerten Entschuldigungsgründen hat die Wissenschaft den allgemeinen Entschuldigungsgrund der Nichtzumutbarkeit entwickelt, den auch der höchste Gerichtshof einigen seiner Entscheidungen zugrunde gelegt hat[a]). Bei den Entschuldigungsgründen spielen subjektive Gesichtspunkte eine Rolle. Es kann von dem Täter unter Berücksichtigung seiner Verhältnisse und der Umstände des Falles nicht verlangt werden, daß er eine Tat, die zwar objektiv rechtswidrig ist, unterläßt, wenn das seinen Lebensinteressen zuwiderläuft. Als ein derartiges Beispiel, in dem die rechtswidrige Handlung entschuldigt wird, ist der Selbsterhaltungstrieb der Menschen zu nennen. Die rechtswidrige Tat wird entschuldigt, da man von einem Menschen nicht verlangen kann, daß er sich lieber vernichten läßt, ehe er eine Rechtswidrigkeit begeht. So entschuldigt § 54 StGB nur die Tat „in psychologischer Würdigung des Selbsterhaltungstriebs (dem das Gesetz den Drang, die Familie zu retten, gleichstellt). § 54 StGB erkennt also an, daß es Notlagen gibt, in denen zwar Recht gegen Recht steht, in denen aber mit der motivierenden Kraft des Gesetzes nicht mehr gerechnet werden kann, Rechthandeln also psychologisch nicht mehr zumutbar ist."[4]) Es muß der gesunde Egoismus der Menschen berücksichtigt werden.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß ein Entschuldigungsgrund nur dann vorliegen kann, wenn kein Rechtfertigungsgrund gegeben ist,

---

[a]) Vergl. z. B. RG 30. 35; 56. 168; 60. 101.
[4]) Kohlrausch, Anm. 1 zu § 54 StGB.

denn der Rechtfertigungsgrund schließt die Rechtswidrigkeit der Tat aus, während der Entschuldigungsgrund nur die Schuld ausschließt.

Innerhalb eines objektiven Strafrechtssystems steht jedem Rechtfertigungsgrund (Unrechtsausschließungsgrund) notwendig ein Entschuldigungsgrund gegenüber. Dieser Entschuldigungsgrund liegt dann vor, wenn von dem Täter die Voraussetzungen des Unrechtsausschlusses irrtümlich-schuldlos angenommen worden sind.

Nach diesen allgemeinen Ausführungen, die uns jedoch notwendig erschienen, wird es im weiteren Verlauf unserer Untersuchungen unsere Aufgabe sein, uns speziell mit dem Prinzipp der Güterabwägung zu beschäftigen.

§ 4.

Das geltende Recht.

Im folgenden Abschnitt soll dargestellt werden, inwieweit das Prinzip der Güterabwägung im geltenden Strafgesetzbuch Anwendung findet.

1. Notwehr:

§ 53 StBG, der die Notwehr regelt, bestimmt die Grenzen der Verteidigung dahingehend, daß alles straflos ist, was zur Abwendung des Angriffs erforderlich ist; was notwendig ist, um die Verletzung abzuwenden, die der Angriff befürchten läßt. Eine Güterabwägung findet nach h. L. nicht statt. Das Reichsgericht führt aus: „Nur vereinzelt wird in der Literatur die Meinung vertreten, das Maß für den Umfang der Abwehrbefugnisse sei nicht ausschließlich aus der Stärke des Angriffs einerseits und den dem Verteidiger zu Gebote stehenden Abwehrmitteln andererseits zu bestimmen, vielmehr ergebe sich eine Beschränkung in der Ausübung der Notwehr auch daraus, daß zur Erhaltung eines geringfügigen Gutes für den Berechtigten nicht ein wertvolleres Gut des Angreifers geopfert werden dürfe. Damit wäre die Notwehr, sobald sie durch Angriffe auf Leib und Leben geübt werden müßte, dem Diebe gegenüber regelmäßig überhaupt ausgeschlossen. Indes kann eine derartige Rücksicht auf die Verhältnismäßigkeit der Güter unmöglich da gerechtfertigt sein, wo das Recht im Kampfe gegen das Unrecht geschützt werden soll; hier dem Verteidiger zuzumuten, bei der Wahrung seiner Rechte darauf zu achten, daß er dem widerrechtlich angreifenden Gegner keinen Schaden zufügt, der höher bewertet wird, als der ihm selbst drohende, sei nicht angängig. Freilich wird dann, wenn sich die Notwendigkeit ergibt, zum Schutze von Eigentum das Leben des Angreifers zu gefährden, die Entschließung zur Aufnahme des Kampfes um ein verhältnismäßig geringfügiges Gut von den sittlichen Anschauungen des Angegriffenen abhängen, der vielfach den Verlust

[1]) RG 55. 85.

seines Rechts der Gefährdung von Menschenleben vorziehen und das Unrecht erdulden wird. Ihm aber als Voraussetzung für die Zulässigkeit der Notwehrausübung eine solche Prüfung und Abwägung der Wertverhältnisse in einem Augenblick zuzumuten, in dem rascher Entschluß geboten sein kann, das ist nicht zu fordern. Auch das Gesetz gibt keinen Anhalt dafür, daß die Verhältnismäßigkeit der beiderseitigen Rechtsgüter, die der Verteidiger einerseits schützt und anderseits bedroht, die Befugnis zur Abwehr bedinge."

Das Reichsgericht stützt seine Entscheidung weiterhin auf die Motive zum BGB [2]), welche besagen, daß für die mit § 53 II StGB übereinstimmende Vorschrift des § 227 BGB eine Beschränkung in der Anwendung der durch den Zweck erforderlichen Mittel nicht stattfinde. Demnach kann innerhalb der Grenzen der Notwehr jedes Gut ohne jede Rücksicht auf das gegenüberstehende Gut mit den äußersten Mitteln verteidigt werden, weil es dem Rechtsgrund der Notwehr entspricht, daß das Recht im Kampfe mit dem Unrecht Sieger bleibe.

Ähnlich äußert sich Frank [3]): „Maßgebend für die Abgrenzung der Verteidigung ist nicht der Wert der kollidierenden Güter, sondern die Intensität des Angriffs." Im gleichen Sinne entscheidet die Mehrzahl der Schriftsteller [4]).

Dieser Standpunkt ist de lege lata zweifelsohne richtig. Von ihm ist das Reichsgericht offenbar in einer Entscheidung abgewichen [5]). Der dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt war kurz folgender:

Gäste eines Wirtshauses wurden von anderen Gästen rechtswidrig in einer Weise angegriffen, daß ihre körperliche Integrität erheblich in Frage gestellt war, und sie gezwungen waren, sich zur Verteidigung gegen diesen Angriff der Gläser des nicht zu den Angreifern gehörenden Wirtes zu bedienen. Um seine Gläser vor einer Zerstörung zu bewahren, schoß der Wirt auf die Gäste, die die Gläser zu ihrer Verteidigung benutzten. Das verteidigte Rechtsgut war in diesem Falle demnach das Eigentum, während die Unversehrtheit von Menschen das in der Abwehr verletzte Rechtsgut war. In seiner Entscheidung neigt das Reichsgericht dem Grundsatz der Güterabwägung zu, indem es von einem beträchtlichen Mißverhältnis der Werte der einandergegenüberstehenden Rechtsgüter spricht. Abge-

---

[2]) Band 3, Seite 112/113.
[3]) Kommentar: Seite 163.
[4]) Als einige von vielen seien genannt: Allfeld: Seite 128, Liszt: Seite 147, Ebermayer: Seite 391.
[5]) RG 23. 116.

sehen von dieser einen Entscheidung steht das Reichsgericht auf dem Standpunkt der herrschenden Lehre.

Aber auch in dieser Entscheidung muß dem Reichsgericht zugestimmt werden. Es wäre verfehlt, wollte man dem Reichsgericht den Vorwurf mangelnder Folgerichtigkeit machen. Diese Entscheidung ist, wie sich aus der Aufnahme in den 23. Band der amtlichen Entscheidungssammlung ergibt, vor dem Jahre 1900 ergangen. Das BGB war noch nicht in Kraft getreten. Wäre dieses Gesetz bereits in Kraft gewesen, wäre es ein Leichtes gewesen, hiermit den Fall zu lösen. Nach den zur Zeit der Entscheidung geltenden Gesetzen war eine billige Entscheidung nicht zu treffen. Das Reichsgericht eilt der Entwicklung voraus, um eine untragbare Entscheidung zu vermeiden. Diese Lösung des Falles muß daher als ein Verdienst des Reichsgerichts angesehen werden, da dadurch eine unhaltbare Entscheidung vermieden wurde.

Selbstverständlich fehlt es nicht an Stimmen, die die entwickelte herrschende Lehre einschränken wollen oder gänzlich ablehnen. So verlangt Kohler [6]) eine Einschränkung der Zulässigkeit der Notwehr. „Liegt aber eine reine Vermögensnotwehr vor, so ist die gewöhnliche Meinung, wonach das Notwehrhandeln ohne jede Beschränkung gestattet sei, nicht angebracht. Man denke sich z. B., daß ich nur dadurch, daß ich jemanden erschieße, ihn verhindern kann, mir das Tintenfaß auf den Fußboden zu werfen; Nach der gewöhnlichen Ansicht dürfte ich schießen, um dies zu verhindern, was gewiß nicht angeht." Kohler will also bei der Vermögensnotwehr eine Güterabwägung vornehmen. Ähnlich ist die Ansicht, die v. Bar vertritt [7]).

v. Buri [8]) will den Grundsatz der Güterabwägung vertreten; diese Ansicht läßt sich jedoch nicht mit dem geltenden Recht in Übereinstimmung bringen. Die Notwehr ist nach v. Buri ein vom Staate abgeleitetes Recht, welches dem einzelnen verliehen worden ist. Der einzelne darf zur Verteidigung nicht mehr tun, als der Staat tun würde, wenn er dazu in der Lage wäre. Der Maßstab für die Zulässigkeit der Ausübung der Notwehr liegt demzufolge im öffentlichen Interesse; es ist Verhältnismäßigkeit von abgewendetem und zugefügtem Schaden erforderlich. De lege lata läßt sich diese Ansicht, wie schon erwähnt, nicht aufrechterhalten, da ihr der Wortlaut des Gesetzes entgegensteht.

Eine Scheidung in Notwehr und Unfugabwehr nimmt Oetker

---

[6]) Leitfaden Seite 48.
[7]) v. Bar: Gesetz und Schuld III, Seite 191.
[8]) G.S. Band XXX, Seite 463.

vor [9]). Bei schweren Angriffen will er unbegrenzte, bei der „Unfugabwehr" nur eine im Verhältnis zur Schwere des jeweiligen Angriffs stehende Notwehr zulassen. Er führt dazu aus, daß die Gleichbehandlung von Notwehr und Unfugabwehr eine Totschlägermoral sanktioniere. Man könne die Voraussetzungen der Notwehr nicht lediglich nach dem gesetzlichen Wortlaut bemessen. Voraussetzung für die Notwehr sei vielmehr, daß der Angriff vom Standpunkt der Sitten nicht lediglich als bloße, eine Notlage nicht begründende Ungehörigkeit erscheine. In einem solchem Falle wäre eine Abwehr zwar ebenfalls zulässig, sie dürfe aber nicht außer Verhältnis stehen zu der Bedeutung des Angriffs. Diese Ansicht ließe sich zwar nicht aus dem Gesetz entnehmen, sei aber eine „Lehre des Rechtsbewußtseins" [10]). Ausschlaggebend sein müsse eine verständige Rechtsbetrachtung.

„Um ein klares Recht zu schaffen, der Notwehr zugleich ihre Grenzen zu setzen und den gebührenden vollen Umfang zu wahren, empfiehlt es sich, im Gesetz die Unfugabwehr, die Abwehr von Angriffen, die von der Rechtssitte als bloße, eine Notlage nicht begründende Ungehörigkeiten erachtet werden, von der Notwehr zu scheiden und insoweit die Verteidigung an das Erfordernis der Proportionalität zu binden, das unzulässige Abwehrmaß der Bedeutung des Angriffs anzupassen." [11])

Wenn die Ungehörigkeit in einen Angriff ausartet, dann soll sich daraus eine wahre Notwehrlage ergeben können.

Diese Lehre Oetkers erlangt besondere Bedeutung im Militärstrafrecht. Gemäß § 2 MStAGB finden die allgemeinen Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuches auf militärische Verbrechen und Vergehen entsprechende Anwendung. Danach findet auch § 53 StGB Anwendung, soweit sich diese Übertragung mit den Besonderheiten des Militärstrafrechts vereinbaren läßt. Der Übernahme des Notwehrrechts sind Grenzen gezogen; so ist es im Interesse der Manneszucht nicht angängig, eine schrankenlose Notwehr in Fällen zuzulassen, bei denen es sich lediglich um die Abwehr von Unfug handelt. Hier ist die Unterscheidung Oetkers zwischen Notwehr und Unfugabwehr von besonderer Bedeutung. Es würde das Ende jedes militärischen Zusammenlebens bedeuten, wenn der Angegriffene bei jeder Neckerei oder kleinen Streitigkeit unter Kameraden, wie sie das enge Zusammenleben in den Kasernen mit sich bringt, berechtigt wäre,

---

[9]) Oetker: VDA II, Seite 294, 295.
[10]) a. a. O., Seite 294.
[11]) a. a. O., Seite 296.

jede Verteidigungshandlung vorzunehmen, die zur Abwehr erforderlich ist. „Eine so hemmungslose Ausübung des Notwehrrechts läßt weder die Manneszucht im Heere noch das Ansehen der Wehrmacht zu. Das soll nicht bedeuten, daß der Angegriffene gegen den Unfug überhaupt nichts tun darf. Wenn es nötig ist, darf er ihm handgreiflich Einhalt tun, nur hat er sich dabei immer in den Grenzen maßvoller Verteidigung zu halten.“ [12])

Bei den meisten Fällen des Militärstrafrechts wird es meist verhältnismäßig einfach sein, die echten Notwehrfälle von denen, bei welchen es sich nur um eine Unfugabwehr handelt, zu unterscheiden. Die Kameraden werden in der Mehrzahl der Fälle eine Neckerei von einem ernsthaften Angriff unterscheiden können, da sie sich durch das dauernde Zusammenleben genau kennen. Diese Unterscheidung dürfte nicht imer im zivilen Strafrecht gleich einfach sein. Die Schwierigkeit, die bei der Lehre Oetkers auftritt, liegt demnach darin, eine Grenze zu finden, bei welcher die Unfugabwehr beginnt. Der Angegriffene wird häufig nicht in der Lage sein, Umfang und Schweres eines Angriffs voraussehen und abwägen zu können.

Die im vorstehenden wiedergegebenen Versuche einer Lösung nehmen die Härten zum Ausgangspunkt, die das geltende Recht ohne Zweifel in vielen Fällen mit sich bringt, und versuchen, sie zu beseitigen. Auf eine Kritik des geltenden Rechts soll an dieser Stelle noch nicht eingegangen werden. Vielmehr soll der Kritik und etwaigen Besserungsvorschlägen ein besonderer Abschnitt dieser Arbeit gewidmet werden [13]).

2. Notstand:

Betrachten wir im Anschluß an diese Ausführungen über die Güterabwägung im geltenden Notwehrrecht die Stellung, die dieses Prinzip de lege lata beim Notstand einnimmt. Es ist unbestritten, inwieweit das Güterabwägungsprinzip, oder wie Mezger es auch nennt, das „Prinzip des überwiegenden Interesses“ [14]) in der Notstandsrege-

---

[12]) Schwinge: Militärstrafrecht, 1936, Seite 111.

[13]) Vergleiche § 6 dieser Arbeit: „Eigene Stellungnahme zu den Theorien und Kritiken der derzeitigen gesetzlichen Regelung der Güterabwägung“.

[14]) Mezger benutzt an Stelle des Ausdrucks „Rechtsgut“ immer „Interesse“. Vergl. seinen Aufsatz in der Festschrift für Traeger, Seite 187 ff.: Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände.

lung des § 54 StGB Anwendung findet. Die Ansicht, daß das Prinzip hier anerkannt worden ist, läßt sich nicht ohne weiteres aufrechterhalten, jedenfalls geht aus dem Gesetz nicht ohne weiteres eine Anerkennung hervor. Anders ist es im BGB §§ 228, 904, wo die Anerkennung klar zum Ausdruck kommt. Im Vergleich zu den Vorschriften im BGB sind die strafrechtlichen Vorschriften äußerst eng gefaßt. In § 54 StGB wird nur von einer Gefahr für Leib oder Leben gesprochen. Eine Gefahr für andere Güter, wie Freiheit, Ehre, Eigentum u. a. bleibt unberücksichtigt. Es gibt nur einen Leibesnotstand, keinen Ehren- oder Eigentumsnotstand, soweit sich nicht mit der Eigentumsgefahr auch eine Gefahr für das Leben verbindet [15]). Die §§ 228, 904 BGB machen diesen Unterschied bezüglich des Objektes, dem die Gefahr drohen muß, nicht, sodaß nach ihnen die Einwirkung auf eine Sache zum Schutze eines j e d e n Rechtsguts, also auch des Vermögens erfolgen darf. Diese Tatsache, daß § 54 StGB enger gefaßt ist, als die §§ 228, 904 BGB hängt damit zusammen, daß es sich bei den §§ 228, 904 BGB um Rechtfertigungsgründe handelt, während § 54 StGB nur Entschuldigungsgrund ist. Wenn dem Täter ein Entschuldigungsgrund zur Seite steht, dann sind an ihn höhere Anforderungen zu stellen, die Gefahr, die ihm droht, muß einen Umfang annehmen, daß dem Täter nicht zugemutet werden kann, sie ohne weiteres hinzunehmen. Eine weitere Einschränkung macht das StGB insofern, als nur die Einwirkung zum Schutze des Lebens oder Leibes des Täters selbst oder seiner Angehörigen erlaubt ist [16]).

Die Handlung, durch die auf ein fremdes Rechtsgut eingewirkt wird, muß in allen Fällen e r f o r d e r l i c h sein, der Täter muß keine andere Möglichkeit haben, die Gefahr durch weniger schwere Mittel zu beseitigen. § 54 StGB spricht davon, daß die Gefahr auf „andere Weise nicht abwendbar" sein darf. Als eine Beseitigung der Gefahr „auf andere Weise" erscheint nicht nur eine dem Täter unschädliche Vorkehrung, sondern auch eine solche, durch die der Täter eigene, aber gegenüber Leib und Leben minderwertige Rechtsgüter verletzt [17]). Ebenso darf der Täter, wenn er gezwungen ist, ein fremdes Rechtsgut zu verletzen, das wertvollere Gut nur dann verletzen, wenn die Verletzung eines minderwertvollen Gutes nicht ausreicht, um den Notstand zu beseitigen.

Aus der Bestimmung des StGB läßt sich nicht entnehmen, daß der

---

[15]) vergl. auch RGE 54. 338.
[16]) § 54 StGb: „.... des Täters oder eines Angehörigen ...." —.
[17]) Allfeld, Seite 134.

Schaden, der durch die Handlung des Täters abgewendet worden ist, mit demjenigen, den er durch seine Handlung dem fremden Gut antut, in einer gewissen Proportionalität stehen müsse. Trotzdem glaubt Mezger [18]), sie in gewissem Maße fordern zu müssen.

Dagegen wird Verhältnismäßigkeit in den Vorschriften des BGB gefordert. § 228 BGB verlangt, daß der angerichtete Schaden nicht außer Verhältnis zu der beseitigten Gefahr stehe. Der angerichtete Schaden darf nicht erheblich größere sein als der abgewendete. § 904 BGB verlangt, daß der dem in Notstand Handelnden drohende Schaden gegenüber dem aus seiner Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden „unverhältnismäßig" groß ist.

Der in § 904 geforderte Maßstab ist strenger als der in § 228 BGB. Während § 228 BGB fordert, daß der anzurichtende Schaden nicht außer Verhältnis zu der beseitigten Gefahr stehe, verlangt § 904 BGB, daß der dem Einwirkenden drohende Schaden gegenüber dem dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.

Die innerliche Verschiedenheit zwischen beiden Paragraphen liegt im wesentlichen darin, daß bei § 228 BGB der Täter im Verteidigungszustand handelt, während gemäß § 904 BGB das fremde Rechtsgut angriffsweise verletzt wird.

Ob § 54 StGB das Prinzip der Güterabwägung zur Anerkennung kommen lassen will, ist zumindest zweifelhaft. Eine Güterabwägung in dem Sinne, daß Straflosigkeit eintritt, wenn das gefährdete Gut wertvoller war, als das zur Rettung verletzte, findet, wenn überhaupt, nur bei Bemessung der Leibesgefahr statt, da die anderen Fälle durch § 54 StGB überhaupt nicht gedeckt werden.

Die Anerkennung der Güterabwägung in der Form, daß eine Handlung von geringerer Strafbarkeit durch eine geringere Leibesgefahr, eine von höherer Strafbarkeit nur durch eine größere Leibesgefahr entschuldigt werden soll, ist in dem Sinne beizutreten, daß es zur Entschuldigung schwerer Delikte immer der Gefahr einer nachhaltigen Aufhebung der körperlichen Integrität oder der Gesundheit bedarf, während zur Entschuldigung leichterer, die Gefahr einer nur vorübergehenden Aufhebung genügt.

Der Vollständigkeit halber seien noch einige Bestimmungen des geltenden Rechts, abgesehen von BGB und StGB, erwähnt, bei denen unverkennbar der Gedanke der Interessen- und Güterabwägung zutage tritt. Es sind dies: § 17 RPostG., § 700 HGB, § 9 II StrandO,

---

[18]) Mezger Lehrbuch, Seite 369.

§ 87 SeemO, § 12 LuftverkG. Aus der Zahl der neuesten Geseteze ist in diesem Zusammenhang noch die am 1. April 1936 in Kraft getretene Reichsärzteordnung (vom 13. Dezember 1935) zu nennen, die in § 13 Nr. 3 den Grundsatz der Güterabwägung anerkennt: „Der Täter ist straffrei, wenn er ein solches Geheimnis zur Erfüllung einer Rechtspflicht oder sittlichen Pflicht oder sonst zu einem nach gesundem Volksempfinden berechtigten Zweck offenbart." Ferner ist noch zu nennen das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933. In der Fassung des Änderungsgesetzes vom 26. Juni 1935 lautet § 14: „Eine Unfruchtbarmachung oder Schwangerschaftsunterbrechung, die nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes erfolgt, sowie eine Entfernung der Keimdrüsen ist nur dann zulässig, wenn ein Arzt sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit desjenigen, an dem er sie vornimmt, und mit dessen Einwilligung vollzieht."

3. Übergesetzlicher Notstand:

Es hat sich herausgestellt, daß die Notstandsregelung des StGB durch ihre engen Bestimmungen den Anforderungen des täglichen Lebens nicht gewachsen ist. Diese Erkenntnis brach sich allmählich in Wissenschaft und Praxis Bahn. Unter dem Druck der Enge der gesetzlichen Regelung richtete sich das Streben auf die Erkenntnis übergesetzlicher Rechtfertigung. Man kam zu der Einsicht, daß es einen übergesetzlichen Notstand gibt, wenn auch die Wege, über die man zu dieser Erkenntnis kam, verschieden waren. Den Einheitstheorien, die alle derartigen Notstände entweder nur als Rechtfertigungs- oder als Entschuldigungsgründe betrachten wollen, steht die schon von Berner [19]) vertretene und heute als herrschend anzusehende Differenzierungstheorie [20]) gegenüber, die für jeden von ihnen den entsprechenden Grundgedanken ermitteln will. Eine Einheitstheorie, wonach alle strafbefreienden Notstände als Rechtfertigungsgründe zu erachten seien, wird in neuerer Zeit von v. Hippel [21]) vertreten. Es erübrigt sich, in unserem Zusammenhange auf diesen Theorienstreit, der zugunsten der Differenzierungstheorie entschieden ist, einzugehen. Auch das Reichsgericht vertritt die Differenzierungstheorie [22]).

[19]) Berner: Lehrbuch § 58.

[20]) Vertreten von Frank 135, Schmidt, R. Merkel u. a. A. A. sind: M. E. Mayer 305, Note 10, Gerland 116. Ein vorzüglicher Überblick über die Literatur dieses Theorienstreites bei Liszt-Schmidt § 34.

[21]) Deutsches Strafrecht II, Seite 231 ff.

[22]) RG 61. 243 ff.

Das Problem des übergesetzlichen Notstandes ist vom Reichsgericht zuerst grundsätzlich in seinem Urteil vom 11. März 1927 [23]) erörtert worden, wobei es die von der Wissenschaft in dieser Frage erzielten Ergebnisse weitgehendst berücksichtigt. Es sei an dieser Stelle erwähnt, daß der terminus technicus „übergesetzlicher Notstand" zuerst vom Reichsgericht gebraucht worden ist [24]).

Zur Lösung der Frage des übergesetzlichen Notstandes sind zwei Wege eingeschlagen worden. Die einen [25]) gehen davon aus, daß die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts nicht rechtswidrig sei, wenn dadurch ein höherwertiges Rechtsgut gerettet werden könne. Die gesetzlichen Tatbestände nennen diejenigen Rechtsgüter, denen das Strafrecht seinen Schutz zukommen lassen wolle. Die Verletzung dieser Rechtsgüter sei eine rechtswidrige Handlung. Es lasse sich jedoch nicht verhindern, daß die Rechtsgüter untereinander in Widerstreit träten, so namentlich dann, wenn ein bestimmtes Verhalten das eine Rechtsgut retten, das andere aber vernichten würde. Eine Lösung dieses Konflikes gehe aus den gesetzlichen Tatbeständen nicht hervor, denn diese beschäftigen sich immer nur mit einem bestimmten Rechtsgut, desen Schutz sie gerade bezwecken. Eine Lösung dieser Schwierigkeit sei jedoch notwendig. Die Anhänger der Güterabwägungstheorie entnehmen sie aus der Erwägung, „daß alle Rechtsgüter Werte rechtlicher Art verkörpern und diese verschiedenen Werte zu einander in einem bestimmten Wertverhältnis stehen. Der geringere Wert muß dem höheren weichen." [26]) Die Güterabwägungstheorie billigt demnach, daß das minderwertige Gut zu gunsten des höherwertigeren vernichtet wird. Die anderen [27]) gehen von der Zwecktheorie aus, die, auf eine kurze Formel gebracht, besagt, daß Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen, welche sich als ein angemessenes Mittel zur Ereichung eines staatlich anerkannten Zweckes darstellen, nicht rechtswidrig seien. Eine genaue Darstellung dieser Theorien und eine eigene Stellungnahme soll im folgenden Abschnitt dieser Arbeit vorgenommen werden [28]). Hier sei nur soviel gesagt, daß sich das Reichsgericht in den genannten Entscheidungen [29]) dem Prinzip der Güterabwägung angeschlossen hat und dieses im An-

---

[23]) RG 61. 243 ff.
[24]) RG 62. 35 (46).
[25]) Wachinger in Frank-Festgabe, Seite 510; Ders.: Übergesetzlicher Notstand, S. 122. RGE 61. 243 ff.
[26]) Mezger, Lehrbuch, Seite 240.
[27]) Vor allem E. Schmidt: Übergesetzlicher Notstand, S. 150 ff. Liszt: S. 206.
[28]) s. § 5 dieser Arbeit.
[29]) RG 61. 243; 62. 35; 62. 137.

schluß an Beling folgendermaßen formuliert hat: „In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechensform erfüllenden Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboten oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der in Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden.“ [30]) In welchen Fällen hat nun das Reichsgericht einen übergesetzlichen Notstand, gestützt auf das Güterabwägungsprinzip, anerkannt? Die grundlegenden Entscheidungen [31]), an denen das Reichsgericht den übergesetzlichen Notstand entwickelt hat, behandeln die Frage der Zulässigkeit einer ärztlich angezeigten Schwangerschaftsunterbrechung. Die Entscheidung 61. 242 erkennt grundsätzlich die Zulässigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung zur Rettung der Mutter als mit dem geltenden Recht vereinbar an. Darüber hinaus finden die Interessen der Schwangeren Berücksichtigung durch das Erfordernis, daß „der wirkliche oder mutmaßliche Wille der Schwangeren zu beachten ist“. Weiterhin muß das angewendete Mittel — also die Schwangerschaftsunterbrechung — zur Rettung der Mutter unerläßlich sein, wodurch die Interessen der Allgemeinheit Berücksichtigung erlangen.

In der Entscheidung 62.137 hat das Reichsgericht seine Ansicht dadurch eingeschränkt, daß es das „pflichtmäßige Ermessen“ des Handelnden zu einer „sachlichen Voraussetzung für die Anerkennung der Rechtmäßigkeit erhebt“. Damit bringt das Reichsgericht zum Ausdruck, daß es nur dem Mediziner die Rechtfertigung gegenüber einer Strafverfolgung wegen Abtreibung zubilligen will, nicht dem Laien, der nicht über die zur Beurteilung der Sachlage erforderlichen Fähigkeiten verfügt.

Die Frage des übergesetzlichen Notstandes spielte weiterhin eine bedeutende Rolle bei der Beurteilung der Fememorde, durch die von Angehörigen gewisser Verbände Menschen beseitigt wurden, die Vaterlandsverräter waren oder jedenfalls dafür angesehen wurden. Bei der Aburteilung dieser Fälle tauchte die Frage auf, ob nicht auf seiten des Reichs ein Staatsnotstand vorlag und ob jene Tötungen nicht als Nothilfehandlungen einzelner, treuer Staatsangehöriger zugunsten des Vaterlandes angesehen werden konnten. Dieses Problem muß dahingehend entschieden werden, daß ein Staatsnotstand in Form eines

---

[30]) Seite 138.
[31]) RGE 61. 254.

übergesetzlichen Notstandes denkbar und möglich ist. Wenn er gegeben ist, dann können auch Handlungen einzelner Staatsangehöriger, die einen Tatbestand des Strafgesetzbuches erfüllen, als Nothilfehandlungen anerkannt werden. Um jedoch Auswüchse auf diesem Gebiet zu vermeiden, muß mit besonderer Sorgfalt geprüft werden, ob die Nothilfehandlung das einzige Mittel war, um eine dem Staatswesen drohende Gefahr abzuwenden.

Es sei in diesem Zusammenhang auf eine Ansicht verwiesen, die von Boldt [32]) vertreten wird. Bei der Beseitigung von Menschen, die zwar als Verräter angesehen wurden, es aber in Wirklichkeit nicht waren, könnte man mit Boldt davon sprechen, daß die Fememörder durch ein verschuldetes Nichtwisen, — dadurch daß sie sich keine Gewißheit über die Einstellung ihrer Opfer verschafft haben —, unbewußt Schaden gestiftet haben. Sie hätten „bei pflichtgemäßer Anspannung ihrer Kräfte" diese Unkenntnis beseitigen können und dann die Handlung unterlassen.

In Gegensatz von dieser „Gegenwartsfahrlässigkeit" stellt er die „Zukunftsfahrlässigkeit" bei der die Schuld unmittelbar auf den in der Zukunft liegenden Erfolg zu beziehen ist. Boldt schlägt vor, einen Sondertatbestand zu schaffen, wonach die unterlassene Kenntnisnahme der Normen für den Fall eines Rechtsbruchs selbständig unter Strafe gestellt wird, wobei jedoch nur schuldhafte Unterlassung in Betracht kommen soll. Genau wie das Gesetz für bestimmte Berufsgruppen schuldhafte Pflichtverstöße wegen typischer Gefährdung bestimmter Rechtsgüter gesondert erfaßt, so soll das Gleiche auch für unendschuldbare Verletzungen der allgemeinen Staatsbürgerpflicht, sich mit den Strafnormen vertraut zu machen gelten, weil darin eine Gefahr für die Rechtsordnung liege.

Wenn man eine derartige Vorschrift zur Zeit der Aburteilung der Fememordfälle gehabt hätte, dann hätte dies zweifellos zu einer gerechteren Beurteilung in den Fällen geführt, in denen die Fememörder zu Unrecht einen Staatsnotstand angenommen haben, ohne diese Frage pflichtmäßig zu prüfen, als dies nach den geltenden Vorschriften der Fall sein konnte.

Hartung [33]) muß darin zugestimmt werden, daß Nothilfe regelmäßig nur insoweit rechtmäßig oder entschuldigt ist, als sie dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen dessen, dem geholfen werden soll, entspricht, daß aber beim Staat von ganz besonderen Aus-

---

[32]) ZStW. 55/54.
[33]) Jur. R. 1931. 61.

nahmefällen abgesehen, ein solcher Wille nicht vorhanden sein wird.

Schließlich ist das Prinzip der Güterabwägung von ausschlaggebender Bedeutung für die rechtliche Beurteilung der Heilbehandlung. Unter Heilbehandlung ist nach Mezger[34]) „die Einwirkung auf die Person eines anderen zur Förderung von dessen Gesundheit, wenn die Einwirkung sich nach dem gegenwärtigen Stand unseres Wissens als eine hierfür sachgemäße Maßregel erweist", zu verstehen. Gesetzlich ist diese Frage des sog. Arztrechts nicht geregelt.

Wichtig bei der Entscheidung der Frage, ob eine Heilbehandlung rechtmäßig ist, ist zunächst, ob darin eine Körperverletzung liegt oder nicht. Dies wird in der Literatur teils bejaht, teils verneint. Richtig erscheint eine Mittelmeinung, die unterscheidet, ob der Eingriff erfolgreich gewesen ist oder nicht. Ist ersteres der Fall, so liegt keine Mißhandlung vor, sondern vielmehr eine Förderung der Gesundheit, sodaß eine Körperverletzung im Sinne des StGB. nicht vorliegt. Anders bei mißlungener Behandlung; da trifft § 223 StGB. zu.

Bei jeder Heilbehandlung müssen die Interessen des zu Behandelnden berücksichtigt werden. Im allgemeinen liegt kein Grund vor, dem Einzelnen die freie Verfügung über seinen Körper zu beschränken. Ein Ausnahmefall ist z. B. der Behandlungszwang bei Wehrpflichtigen. Grundsätzlich ist demnach die Einwilligung oder zumindest die mutmaßliche Einwilligung des Kranken erforderlich. Jedoch kommt man hermit nicht in allen Fällen zum Ziel. Es ist erforderlich, worauf z. B. Mezger[35]) mit Recht hinweist, daß die Einwilligungsgrundsätze in dieser Frage eine Modifikation erfahren. Das ist möglich, weil bei der Heilbehandlnug auch Interessen der Allgemeinheit eine entscheidende Rolle spielen, denn diese hat an der Erhaltung der Volksgesundheit ein ganz bedeutendes Interesse. Dem trägt die Rechtsordnung Rechnung, indem sie unter Anwendung unseres Prinzips der Einwilligung auch in Fällen unrechtausschließende Bedeutung beilegt, in denen sie sonst keine Wirkung ausüben würde, wie z. B. bei Amputationen, und dadurch daß sie eine Stellvertretung im Willen zuläßt (Kinderoperationen!). Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Frage, wann eine Heilbehandlung vorliegt, eine Frage, auf die im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden kann. Es sei nur soviel darüber gesagt, daß nach herrschender Ansicht[36]) für die Beurteilung dieser Frage, ob eine Heilbehandlung

---

[34]) Lehrbuch, Seite 243.
[35]) Lehrbuch, Seite 244.
[36]) Schmidt ZStW 49. 396 f.; Sauer Grdr. 346 f.; Mezger, Lehrbuch 245.

vorliegt, die „Lex artis“ [37]) im Sinne des gegenwärtigen Standes unseres Wissens ausschlaggebend ist. Danach ist entscheidend, ob die ergriffene Maßnahme ich als eine sachgemäße darstellt.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich somit, daß im geltenden Recht bei der Notwehr eine Güterabwägung nicht stattfindet, wenn in der Wissenschaft auch Stimmen vorhanden sind, die eine solche vornehmen wollen, was sich jedoch mit dem Gesetzeswortlaut nicht vereinbaren läßt [38]). Zweifelhaft ist es, ob der Grundsatz in § 54 StGB anerkannt wird, was wir im gewissen Sinne bejaht haben [39]). Das Reichsgericht und eine bedeutende Zahl von Schriftstellern legt die Güterabwägung der Entscheidung der Fälle des übergesetzlichen Notstandes zugrunde, wobei jedoch nicht übersehen werden darf, daß auch die Zwecktheorie zahlreiche Anhänger gefunden hat.

Im folgenden Abschnitt wird es unsere Aufgabe sein, die verschiedenen Theorien zu entwickeln und uns mit ihnen auseinanderzusetzen.

---

[37]) Schmidt TStW 49. 397.
[38]) Vergl. oben. Hier sei nur v. Buri erwähnt in GS XXX. 463.
[39]) Vergl. Seite 19 ff. dieser Arbeit.

§ 5.

Die Theorien über das Prinzip der Güterabwägung.

1. Die Güterabwägungstheorie:

Das Wesen der Güterabwägung besteht in einem Vergleich der Werte der in einer Kollisionslage gefährdeten Rechtsgüter. Die Güterabwägungstheorie besagt, in wenigen Worten ausgedrückt, folgendes: Es entspricht dem Geist der Rechtsordnung, daß in einem Kollisionsfall von Rechtspflichten oder Rechtsgütern sich das höherwertige Gut auf Kosten des geringerwertigen Gutes durchsetzt, daß das geringere Rechtsgut aber dem höherwertigem Rechtsgut zu weichen hat. Dieser Satz soll nicht nur für den Einzelnen gelten, wenn innerhalb seines Machtbereiches eine Interessenkollision entsteht, sondern auch dann, wenn ein Interessenwiderstreit zwischen mehreren Gliedern der Gesellschaft entsteht.

Häufig wird Rudolf Merkel [1]) als der Begründer dieser Lehre angesehen. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden, denn schon frühzeitig beschäftigte das Schrifttum sich mit dem Problem.

Bereits Pufendorf [2]) benutzt den Güterabwägungsgedanken bei der Entwicklung seiner Theorie der Selbsterhaltung.

Auch bei Feuerbach [3]) ist der Güterabwägungsgedanke erkennbar, wenn er in seinem Lehrbereich § 38 sagt: „5. Die gebrauchte Privatgewalt mußte einzige Bedingung der Erhaltung der Rechte seyen, es mußte also 1. der Angegriffene nicht anders als durch Gewalt, sicher und ohne Nachteil anderer Rechte und Güter, der Verletzung des Angreifers haben entgehen können, 2. es mußten nicht geringere Verteidigungsmittel, als die gebrauchten, zur Abwendung der Gefahr hinreichend und dem Benöthigten möglich gewesen seyen."

Der Gedanke der Güterabwägung findet sich dann ebenfalls bei Hegel [4]), der ihn bei der Entwicklung seiner Notstandslehre verwen-

---

[1]) Kollision rechtmäßiger Interessen. 1895.
[2]) de jur. nat. et gent. lib. II cap. II § 2.
[3]) Lehrbuch d. gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts. 12. Aufl.
[4]) Grundlinien der Philosophie des Rechts. Herausgegeben von Dr. Eduard Gans 1833. § 127. Seite 170.

det, die am klarsten aus § 127 seiner Rechtsphilosophie hervorgeht [5]). An dieser Stelle behandelt Hegel den Fall der Kollision von Leben und Eigentum und entscheidet ihn zugunsten des Lebens. Er erkennt an, daß bei Bedrohung des Lebens ein Notrecht auf Kosten fremden Eigentums zugebilligt werden muß. Hegel begründet seine Ansicht damit, daß „der Verlust des Lebens die unendliche Verletzung des Daseins und darin die totale Rechtlosigkeit bedeute", während bei Verletzung des Eigentums nur ein „beschränktes" Dasein der Freiheit verletzt und dabei überdies „das Recht als solches und die Rechtsfähigkeit des nur in diesem Eigentum Verletzten anerkannt wird."

In den Zusätzen von Gans [6]) wird diese Theorie noch einmal an dem Fall des „Stehlens in rechter Hungersnot" entwickelt und erläutert. Hier wird nochmals die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung hervorgehoben und ihre Voraussetzungen werden näher dahin bestimmt, daß nur die „Not der unmittelbaren Gegenwart" die Rechtfertigung begründen könne.

Es ist demnach die Erhaltung desjenigen Rechtsgutes erlaubt, dessen Vernichtung die größere Rechtsverletzung bedeuten würde, d. h. mit anderen Worten, das rechtmäßig ist: die Wahrung des überwiegenden Interesses. So muß die Hegelsche Begründung, die für das Leben entscheidet, weil es das „unendliche", das Eigentum aber ein „beschränktes Dasein der Freiheit" sei, verstanden werden [7]). Gegen Ende des vorigen Jahrhunderts haben vor allem Lehmann [8]), Stammler [9]), und Janka [10]) über das Problem der Güterabwägung geschrieben, ohne jedoch die Bedeutung der Güterabwägungstheorie entscheidend aufzuzeigen. Es ist das Verdienst Rudolf Merkels, die Lehre klar und scharf entwickelt und herausgestellt zu haben. Es wäre aber verfehlt, R. Merkel als den Begründer dieser Lehre anzusehen; es gebührt ihm jedoch das Verdienst, die Lehre ausschlaggebend weiterentwickelt zu haben.

Merkel [11]) geht davon aus, daß der allgemeine Charakter des Notstandes in einer Kollision von Interessen bestehe — d. h. nach seiner Definition, „einem gegensätzlichen Zusammentreffen zweier

---

[5]) Nach Bockelmann S. 22 ist § 127 jedoch keineswegs, wie die h. L. behauptet, die einzigste Stelle, an der die Notstandslehre dargestellt wird, sondern nur die markanteste.

[6]) Gans: a. a. O., Seite 317.

[7]) vergl. hierzu Bockelmann, a. a. O., Seite 22 f.

[8]) Über die zivilrechtlichen Wirkungen des Notstandes.

[9]) Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes 1878.

[10]) Der strafrechtliche Notstand 1878.

[11]) Merkel: a. a. O., Seite 14.

Interessen in der Weise, daß die Geltendmachung des einen nur möglich auf Kosten des anderen und zwar einer Kollision r e c h t m ä ß i g e r Interessen, welche von der Rechtsordnung anerkannt und regelmäßig unter ihren Schutz gestellt sind." Bei solcher Kollision rechtmäßiger Interessen handelt es sich um ein Stück der allgemeinen Aufgabe des Rechts — die Friedensformel für Interessenkollisionen zu finden — welches nur unvollkommen gelöst ist, weil die Rechtsordnung sich hier besonderen Schwierigkeiten gegenüber befindet, angesichts z w e i e r ihres Schutzes würdigen Interessen, die sie an und für sich beide intakt wünscht, und von denen doch unter den gegebenen Verhältnissen nur eines gewahrt werden kann."

Nach Merkels [12]) Auffassung ist der Notstand eine Situation, die durch die einem rechtmäßigem Interesse drohende Gefahr herbeigeführt worden ist. Nur unter Verletzung eines rechtmäßigen fremden Interesses soll sie abgewendet werden können. Diese Abwendung soll sich als eine g e b o t e n e darstellen, sodaß sich diese Situation insofern als eine Zwangslage soll bezeichnen lassen können.

Eine derartige Nötigung zur Verletzung soll sich sowohl aus einem subjektiven wie aus einem objektiven Gesichtspunkt ergeben können.

Sie kann sich in der subjektiven Bedeutung des im Spiel befindlichen Interesses für den Handelnden und der dadurch bewirkten Beschränkung seiner Entschließungsfreiheit begründen, d. h. also in einer subjektiven Not. Ferner kann sie sich aus dem objektiven Wert des gefährdeten Interesses ergeben. Merkel führt dann weiter aus, daß dieser objektive Wert im Sinne der Gesellschaft selbst eine Zwangslage zu begründen geeignet sein kann, indem das Interesse als ein so bedeutendes aufgefaßt wird, daß seine Wahrung als notwendig und die Verletzung des gegenüberstehenden als unbedingt notwendig angesehen wird.

Merkel kommt zu dem Ergebnis [13]), daß § 54 StGB den subjektiven Standpunkt vertritt, denn dem Wert des, dem gefährdeten Interesse gegenüberstehenden Interesses und durch den Täter verletzten Interesses wird k e i n e Beachtung geschenkt.

Er lehnt diese Auffassung des Strafgesetzbuches ab und wirft ihr Einseitigkeit vor, die besonders beim unbeteiligten Dritten augenscheinlich wird, „denn dieser ist in keiner Not im subjektiven Sinne" und kommt zu dem Ergebnis [14]), daß die Zulässigkeit von Eingriffen

[12]) a. a. O., Seite 17.
[13]) Merkel: a. a. O., Seite 21.
[14]) a. a. O., Seite 41.

in fremde Rechtsgüter nur nach objektiven Gesichtspunkten bewertet werden darf. Ein derartiges objektives Prinzip könne man aber „nur in dem vergleichsweisem Werte der kollidierenden Interessen" finden. „Sind diese Werte ungleich, so erscheint es selbstverständlich als wünschenswert, daß das größere Interesse sich behauptet, sei es auch, wenn nicht anders möglich auf Kosten des geringeren. Wie dies für den einzelnen gilt in Bezug auf Kollisionen innerhalb seiner besonderen Sphäre, so für die Gesellschaft in Bezug auf Kollisionen zwischen ihren Gliedern. Wer sein Leben rettet auf Kosten seiner Vermögensinteressen, der handelt vom Standpunkt seiner Gesamtinteressen aus vernünftig; und wer das Leben des A rettet auf Kosten des Eigentums des B, der handelt vom Standpunkt der sozialen Gesamtinteressen aus ebenfalls vernünftig. Notstandshandlungen also, durch welche ein höheres Interesse gerettet wird auf Kosten eines geringeren, entsprechen dem Gesamtinteresse und ebenso dem geltenden ethischen Wertanschauungen, die mit jenem Interesse harmonieren." [15]).

Merkel sagt dann, daß es absurd sei, wenn das Recht Notstandshandlungen, welche die Gesellschaft fordere, seinerseits verbieten und für rechtswidrig erklären würde. „So ergibt sich in Bezug auf die Frage der Rechtmäßigkeit in Notstandshandlungen das P r i n z i p d e s ü b e r w i e g e n d e n I n t e r e s s e s." Welches Interesse das überwiegende ist, ist nach o b j e k t i v e n Gesichtspunkten zu beurteilen.

Sind die kollidierenden Interessen hingegen gleichwertig, „so liegt für die Rechtsordnung kein Anlaß vor, sich auf die Seite des gefährdeten Interesses zu stellen und die Verletzung des Gegeninteresses gutzuheißen." [16]) Das Recht bringt überall Wertmaße zur Anwendung und diese sind auch für die Kollisionsfälle zur Anwendung zu bringen. Das Recht soll sich also auf die Seite des in diesem Sinne überwiegenden Interesses stellen und dessen Verteidigung gutheißen. Nach Merkel entfällt mit der Anerkennung dieses Prinzips von selbst die Beschränkung des Notstandsrechts auf die Verteidigung von Leib und Leben. Andererseits soll es ihm zufolge bei Verteidigung von Leib und Leben darauf ankommen, welche Güter einandergegenüberstehen und geopfert werden sollen.

Im Kapitel „Abgrenzung des überwiegenden Interesses" untersucht Merkel [17]), wie im Einzelfall zu entscheiden ist. „Wegen der Schwierigkeit, welche die Bestimmung des höheren Interesses im Ein-

---

[15]) So auch v. Buri G.S. XXX, Seite 434.
[16]) a. a. O., Seite 45.
[17]) a. a. O., Seite 75 ff.

zelfall in concreto bieten kann“ [18]), spricht Merkel sich gegen die Aufstellung eines objektiven Maßstabes für die Entscheidung in Notstandsfällen aus. Er ist der Ansicht, daß man niemals vom absoluten Wertverhältnis der in Widerstreit stehenden Interessen ausgehen könne, „sondern nur vom konkreten, relativen Wert in den jemals vorliegenden Konflikten.“ Es ist Aufgabe des Gerichts, im Einzelfall zu prüfen, ob die Wertung des Interesses durch den Täter auch wenigstens annähernd der sozialen Wertung entspricht. „Bei kollidierenden gleichartigen Interessen kann ein nur minimaler Quantitätsunterschied kein Überwiegen des einen Interesses begründen, wie sich dies für das vernünftige richterliche Ermessen von selbst versteht. Weil es auf die konkreten Werte ankommt, so folgt, daß das an sich überwiegende Interesse nicht ins Grenzenlose vertreten werden darf, da sonst sich wieder ein Mißverhältnis zwischen dem Wert des geopferten und des geretteten Gutes ergeben würde.“ Merkel bringt den Fall als Beispiel [19]), daß man zwar seinen auf einen fremden Acker gefallenen Hut dort wegholen darf, deshalb aber doch nicht den einem vom Betreten des Grundstücks abhaltenden Eigentümer totschlagen darf.

Diese Theorie der Güterabwägung hat weitgehende Anerkennung gefunden, meist allerdings nicht als alleiniges Entscheidungsprinzip und vielfach unter erheblichen Einschränkungen [20]).

In den wesentlichen Punkten stimmen die Begründungen, die die Vertreter dieser Theorie geben, jedoch überein.

Es soll nun unsere Aufgabe sein, die Einwände, die gegen die Güterabwägungstheorie erhoben worden sind, zu prüfen. Die Zahl der Gegner der Theorie ist, trotzdem sie sich zur herrschenden Lehre entwickelt hat, nicht gering. Zuweilen hat man sie völlig abgelehnt, zuweilen nur mehr oder minder schwere Bedenken gegen ihre Anwendung geltend gemacht.

Mezger [21]) erkennt das Prinzip an. Die Bewertung der Interessen will er jedoch streng objektiv vornehmen; subjektive Gesichtspunkte sollen selbst dann keine Rolle spielen, wenn es sich um subjektive Unrechtselemente handelt [22]).

---

[18]) a. a. O., Seite 76.

[19]) a. a. O., Seite 80.

[20]) vergleiche: Binding, Handbuch I, Seite 760; Baumgarten, Seite 57; Mezger, G.S. Band 89, Seite 296 ff.; Graf zu Dohna, Recht und Irrtum, Seite 11; Beling, Grundzüge, Seite 40.

[21]) G.S. Band 89. Seite 296 ff.

[22]) G.S. Band 89. Seite 314; Lehrbuch, S. 240. Im gleichen Sinne Frank 153.

Baumgarten [23]) sieht die Schwierigkeit bei der Anwendung der Güterabwägungstheorie darin, ein allgemeines Prinzip zu formulieren, das die Grenze zeigt zwischen den Fällen erlaubter und unerlaubter Notstandshandlung. Er ist der Meinung, daß nicht lediglich darauf abgestellt werden kann, daß das höhere Gut auf Kosten des geringeren gerettet werden darf. „Denn wonach richtet sich die Größe eines Gutes? Nach der abstrakten Schätzung, welche die Rechtsordnung ihm in der auf seine Verletzung gesetzten Strafe angedeihen läßt?" „Oder gehen wir von dem konkreten Werte aus?" Er kommt jedoch zu dem Ergebnis, daß an der praktischen Durchführbarkeit der Güterabwägungstheorie nicht gezweifelt zu werden braucht, da im Einzelfall unter Befragung des Rechtsgefühls immer eine befriedigende Lösung möglich sein wird.

Es ist behauptet worden, daß das Recht nicht die Aufgabe habe, im Kampf des Einzelnen um die Durchführung seiner Interessen Partei zu ergreifen und ihm zum Siege zu verhelfen. So sagt Neubecker [24]): „Die Rechtsordnung hat keine Interessen wahrzunehmen und sie hat keine Güter zu retten oder zu vernichten. Sie hat die Ordnung des sozialen Lebens zu sein und die Sphären der Menschen abzugrenzen, zu bestimmen, was sie tun und lassen sollen." Allein aus dieser letzten Aufgabe ergibt sich doch gerade für sie die Pflicht, sich für ein bedrängtes Interesse einzusetzen und, wenn es erforderlich ist, auch einen Eingriff in einen fremden Rechtskreis zuzulassen. Die Grenzen, die dem Einzelnen durch die Rechtsordnung gesetzt werden, dürfen nicht derart unelastisch sein, daß nicht eine Überschreitung dieser Grenzen zulässig ist, wenn die Not sie erfordert [25]).

Man hat weiterhin gegen die Güterabwägungstheorie eingewendet, daß ein Vergleichen und Gegenüberstellen der Werte verschiedener Rechtsgüter nicht der Würde des Rechts entspräche. H. A. Fischer [26]) erkennt den Grundgedanken der Merkelschen Theorie, daß im Notstand ein Interessenkonflikt zu lösen sei, als richtig an, sagt dann aber, daß ein Vergleichen der Rechtsgüter nicht möglich sei, da die gegenüberstehenden Interessen vielfach inkommensurabel seien und fährt dann wörtlich fort: „Dazu kommt noch ein weiteres Moment, daß nämlich dieses objektive Schätzen und Vergleichen nicht so ganz der hohen Würde unseres Rechts entspricht." [27]) Besonders

---

[23]) Notwehr und Notstand, Seite 64.
[24]) Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung, Seite 318.
[25]) Ähnlich Henkel: Rechtsnatur des Notstandes: Seite 72.
[26]) Die Rechtswidrigkeit, Seite 226.
[27]) Fischer: a. a. O., Seite 227.

scharf sind die Angriffe, die Hold v. Ferneck erhebt: „Allerdings hält Themis eine Waage in Händen. Aber sie wägt Schuld und Sühne, nicht „Rechtsgüter", noch weniger Sachen und Geld. Dies besorgt das Hökerweib." [28])

Diese Einwände können nicht als stichhaltig anerkannt werden. Merkel hat bei der Entwicklung seiner Theorie ausdrücklich betont [29]), daß es nicht auf die generelle Wertskala ankommt, sondern immer auf den konkreten Einzelfall. Es ist ganz allgemein auf allen Rechtsgebieten Aufgabe der Rechtsordnung, Interessenabwägungen vorzunehmen. Sie kann darin auch den leitenden Gesichtspunkt für die Aufstellung von Notrechten erblicken.

Vielfach ist in dem Schrifttum als Bedenken gegen die Güterabwägungstheorie geltend gemacht worden, daß für die Wertung der kollidierenden Interessen kein Maßstab gefunden werden kann, der in jedem Falle Gültigkeit beanspruchen kann [30]). Solange Sachgüter miteinander in Widerstreit stehen, könnte allenfalls der Marktwert der einzelnen Güter zur Entscheidung herangezogen werden. Es können aber die verschiedensten Rechtsgüter kollidieren, bei denen ein Vergleich miteinander unmöglich ist. So können einander gegenüberstehen: Leben, Freiheit, Ehre, Sachgüter usw. v. Bar formuliert: „Wie aber, wenn auf der einen Seite Gesundheitsbeschädigung, Freiheitsberaubung, Ehre und auf der anderen Beschädigung oder Verbrauch der Sache in Frage steht? Man sagt wohl, unbedeutende Körperverletzung komme nicht in Betracht. Sie kann sich aber verschlimmern; es kann Blutvergiftung eintreten."

Es ist nicht möglich, eine allgemein gültige Wertskala auszuarbeiten, wenn man auch versucht hat, eine solche aufzustellen, so z. B. Schaper [31]). Henkel sagt zu dieser Frage: „Sie könnte sich zwar aus der Verschiedenheit der Strafdrohungen entnehmen lassen, denn in ihnen kommt zum Ausdruck, welchen Wert der Gesetzgeber dem zu schützenden Rechtsgut beimißt. Aber man würde damit den Besonderheiten des einzelnen Falles nicht gerecht werden." [32]). Die Unversehrtheit des Körpers ist im allgemeinen höher zu bewerten als die Erhaltung von Sachgütern in ihrem derzeitigen Bestand. Es sind aber sehr leicht Fälle denkbar, in denen sehr hohe Vermögenswerte nur auf Kosten einer geringen Körperverletzung erhalten werden können.

[28]) Rechtswidrigkeit Band II, Seite 66.
[29]) vergleiche a. a. O., Seite 77.
[30]) z. B. Fischer a. a. O., Seite 226. v. Bar, a. a. O., III Seite 253.
[31]) in Holtzendorffs Handbuch II, Seite 133, dagegen z .B. auch Merkel: S. 77, v. Ferneck: S. 60 f, Oetker VDA S. 345.
[32]) Henkel, a. a. O., Seite 72.

In solchen Fällen müssen die Wertungen anders ausfallen. Es müssen bei der Wertung der Güter immer die Verhältnisse des gerade zu entscheidenden Falles berücksichtigt werden [33]).

In dem Schrifttum herrscht jedoch Streit, welcher Wert im Einzelfall zu entscheiden hat. Soll der Wert, den die in Frage stehenden Rechtsgüter für die Beteiligten haben, maßgeblich sein, d. h. soll ein subjektiver oder ein objektiver Maßstab entscheidend sein?

So wird z. B. von Sauer [34]) die Anlegung eines objektiven Maßstabes gefordert. Nach dieser Meinung soll eine Handlung nur dann gerechtfertigt werden können, wenn sie für die Allgemeinheit mehr Nutzen als Schaden mit sich bringt. Für diese Ansicht spricht, daß sie den Grundgedanken der Güterabwägung, der es auf das Gesamtinteresse abstellt, folgerichtig durchführt. Die Schwierigkeit besteht jedoch darin, daß man damit einen brauchbaren Maßstab für die Bewertung der Interessen aufgibt [35]), denn es wird nicht leicht sein, sofern es überhaupt möglich ist, objektiv eine Interessenbewertung vorzunehmen.

Die Gegenmeinung stellt es auf das Urteil der an der Interessenkollision Beteiligten ab, vertritt somit die subjektive Auffassung. Es liegt darin zweifellos ein gewisser Verstoß gegen den Grundgedanken, daß das Gesamtinteresse die Tat als vernünftig ansehen muß. Es ist nach dieser Meinung Aufgabe des Richters, die Abwägung vorzunehmen, welches Interesse die einzelnen Beteiligten an der Erhaltung ihres Gutes usw. haben [36]). Wachinger [37]) sagt: „Dem Richter erwächst eine schwere Aufgabe. Er muß sich mit allen Vorgängen des kulturellen Lebens vertraut machen, um die im Volke und namentlich in der führenden Schicht herrschenden Vorstellungen und damit den Geist des geltenden Rechts zu ergründen."

Bevor wir selbst zu der Güterabwägungstheorie Stellung nehmen, sei vorher noch auf die anderen Meinungen, die in der Wissenschaft vertreten werden, eingegangen.

2. Die Zwecktheorie:

Eine größere Anzahl von Schriftstellern vertritt die vom Grafen zu Dohna [38]) aufgestellte Zwecktheorie. Graf zu Dohna stellt den

[33]) ähnlich Hammacher, Seite 55. [34]) Grundlagen des Strafrechts, Seite 326.
[35]) Objektive Bewertung fordern auch: Mezger G.S., Seite 314, Lehrbuch, Seite 240. Frank Kommentar, Seite 153 u. a.
[36]) Wachinger, Seite 515. Zimmerl (Arbeitsmethode, Seite 280.) RGE 62. 137.
[37]) a. a. O., Seite 515.
[38]) Recht und Irrtum, Seite 14; Die Rechtswidrigkeit, 1905, Seite 48, 54.

Grundsatz der Güterabwägung in sein System der Rechtfertigungsgründe. Er sieht ihn aber als Spezialisierung einer Generalformel an, welche folgendermaßen lautet: „Die Anwendung des angemessenen Mittels zur Erzielung eines von der Rechtsordnung anerkannten Zweckes kann nicht rechtswidrig sein."

Diese Theorie wurde von v. Liszt [39]) in sein Lehrbuch aufgenommen und seither von ihm vertreten. „Eine Handlung ist dann trotz Tatbestandsmäßigkeit nicht rechtswidrig, wenn sie sich darstellt als angemessenes (richtiges) Mittel zur Erreichung dieses Zweckes des staatlich geregelten Zusammenlebens." [40])

Eberhardt Schmidt [41]), der derzeitige Hauptvertreter der Zwecktheorie, ist der Ansicht, daß die Kollisionstheorie Merkels „nicht einen schematisch starren Rechtssatz, der vom Richter wie irgendein Paragraph des „gesatzten" Rechts Anwendung erheischt" [42]), darstellt. Sie bedeutet nach Schmidts Ansicht eine Richtlinie, welche dem Richter den Weg weist, wenn er aus der durch die jeweilige Kultur bedingten Idee der Gerechtigkeit unmittelbar die Entscheidung zu schöpfen hat." Darin kam die richtige Einsicht zum Ausdruck, daß im Bereiche des „ungesatzten" Rechts, wo es der „Idee der Gerechtigkeit" die Entscheidung abzugewinnen gilt, unmöglich ein einziges, noch dazu in einer ganz bestimmten Richtung (Güterabwägung!) weitgehend spezialisiertes Prinzip maßgebend sein kann. Die Güterabwägung allein kann nicht die Formel sein, die uns die Annäherung an die Idee der Gerechtigkeit ermöglicht. Diese Formel muß noch weniger den Geist „dogmatischer Gebundenheit" aufweisen, muß abstrakter und formaler sein, um dann um so ergiebiger eine Ausfüllung" nach Maßgabe erlebter Kultur" zu gestatten, womit dann überhaupt erst die Entscheidung bestimmter Rechtsfälle möglich wird. Eine allgemein anerkannte Fassung hat sich für diese Formel bekanntlich nicht finden lassen, wird wahrscheinlich auch niemals gefunden werden." [43]) Schmidt sagt weiter, daß es Sinn des Rechts sei, daß „richtige Zwecke" mit „angemessenen" Mitteln erstrebt und erreicht werden. In diesem Sinne sei alles Recht auf die Idee der Gerechtigkeit eingestellt. Der Satz vom „angemessenen Mittel zum richtigen Zweck" bedarf nach Schmidt, „wenn er überhaupt über keine erkenntniskritische

[39]) Lehrbuch § 35.
[40]) Liszt-Schmidt: Lehrbuch, Seite 187.
[41]) ZStW 49. 350.
[42]) ZStW 49. 374.
[43]) ZStW 49. 374.

Einsicht hinaus zum Obersatz für eine konkrete Entscheidung führen soll, jeweils der Ausfüllung und stofflichen Bedingtheit.“ [44]) Diese Bedingtheit soll der Richter durch eine Besinnung auf die erlebte Kultur gewinnen. Hierbei sind ihm die in der Gemeinschaft herrschenden Kulturanschauungen [45]), die Lebensgewohnheiten, Verkehrsgepflogenheiten, Zeitströmungen, vor allem aber die sittlichen Anschauungen und Kulturideale seiner Zeit und seines Volkes für die Richtigkeit des Zweckes wie für die Angemessenheit des Mittels maßgebend.“ Schmidt führt dann weiter aus [46]): „Die zur Beurteilung stehende Handlung ist mithin zu generalisieren, auf ihre „allgemeine Tendenz“ innerhalb des sozialen Daseins, ihren „realen Zweck“ zu untersuchen und dann unter dem Gesichtspunkt der Kulturförderung zu werten.“ Schmidt gibt zu, daß die Güterabwägung dabei zweifellos oft eine bedeutende Rolle spielen wird. Er leugnet aber, daß der Gedanke der Güterabwägung allein und ausschließlich maßgebend sei. Diese Theorie sei nur eine „Ausstrahlung“ des Grundgedankens.

Die Kollosionstheorie soll zur Zwecktheorie in einem bestimmten inneren Verhältnis stehen. Mit Hilfe der Güterabwägung soll oftmals die „Angemessenheit“ einer Handlung im Sinne der Zwecktheorie erklärt werden können. Nur im Rahmen der Zwecktheorie, die das allgemeine Prinzip für die Auffindung metagesetzlicher rechtlicher Wertungen bedeutet, soll aber überhaupt die Güterabwägung zur Erreichung der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eine Rolle spielen. „Selbst in den Fällen, wo anscheinend die Güterabwägung allein den Wertmaßstab abgibt, dürfen wir uns nicht darüber täuschen, daß wir, genau gesehen, mit ihr zugleich auch immer die Zwecktheorie sprechen lassen [47]).

Schmidt kommt zu dem Ergebnis [48]), daß, soweit die Güterabwägungstheorie durch die aus der Zwecktheorie sich ergebenden Momente „eingeschränkt, modifiziert und damit für die praktische Anwendung brauchbar gemacht ist“, sie einen gegenüber der Zwecktheorie spezielleren Grundsatz darstellt.

Als weiterer Vertreter der Zwecktheorie ist noch Grünhut [49]) zu erwähnen. Er führt aus [50]), daß die Güterabwägung zu der Fest-

[44]) ZStW 49. 376.
[45]) Hierauf legt Heinitz, Seite 117 den Hauptwert.
[46]) a. a. O., Seite 377.
[47]) a. a. O., Seite 379.
[48]) a. a. O., Seite 381.
[49]) ZStW 51. 455 ff.
[50]) Vergleiche a. a. O., Seite 462.

stellung führen kann, daß mit der Verwirklichung eines deliktischen Tatbestandes gleichwohl ein von der Rechtsordnung anerkannter Zweck verfolgt wird. „Ob die begangene tatbestandsmäßige Handlung ein angemessenes Mittel, ein erlaubter Weg zu diesem gebilligtem Ziel ist, muß den Gegenstand einer zweiten, gesonderten Beurteilung bilden."

Die Vertreter der Zwecktheorie verwahren sich dagegen, daß die Therie mit dem Satz „der Zweck heiligt die Mittel" identifiziert wird [51]). Wer derart identifiziert, „hat bei der Bekämpfung der Zwecktheorie leichtes Spiel. Wer sich aber bewußt bleibt, daß die Zwecktheorie aus dem Wesen des Rechts selbst hergeleitet ist und nur eine Richtlinie für den Richter zur Findung einer Entscheidung mittels Rechtsergänzung ist, wird nicht in Versuchung kommen, diese irreführende Identifizierung vorzunehmen oder anzudeuten." [52]). Grünhut [53]) sagt, daß bei dieser Identifizierung übersehen wird, daß zwei Werturteile erforderlich seien: Anerkennung des Zweckes und Angemessenheit des Mittels. „Gerade weil der Zweck nicht jedes Mittel heiligt, bedarf es neben der Feststellung des anerkannten Zweckes einer besonderen Prüfung darüber, ob seine Erreichung durch das in concreto angewandte Mittel erlaubt ist." Er ist der Ansicht, daß an diesem Mißverständnis, wie er es nennt, zu einem gewissen Teil der wenig glückliche Ausdruck „Zwecktheorie" schuld sei.

Wenn Graf zu Dohna [54]) der Ansicht ist, daß, seit v. Liszt den Grundsatz der Zwecktheorie in sein Lehrbuch aufgenommen hat, dieser als allgemein anerkannt gelten kann, so entspricht dies nicht ganz den Tatsachen, denn die Zahl der Schriftsteller, die die Zwecktheorie ablehnen, ist nicht gering.

Die Bedenken, die gegen diese Theorie geäußert worden sind, und zu ihrer Ablehnung geführt haben, sind verschiedener Art.

Mezger [55]) ist der Ansicht, daß die Zwecktheorie und besonders die v. Lisztsche Formel „kein glücklicher Ausdruck des entscheidenden Gesichtspunktes" sei. Diese Formel besage entweder zuviel oder zu wenig. Ersteres dann, „wenn sie ein Mittel schon um deswegen für nicht rechtswidrig erklärt, weil es einem staatlich anerkannten Zweck dient, denn der Satz, daß der Zweck die Mittel heilige, ist kein Satz des geltenden Rechts." Zu wenig besage die Formel, wenn

[51]) Eine derartige Identifizierung geht aus den Ausführungen Heimbergers VDA IV. 4 hervor.
[52]) E. Schmidt: ZStW 49. 382.
[53]) ZStW 51. 462.
[54]) Recht und Irrtum, Seite 14.
[55]) Lehrbuch, Seite 242.

sie mit dem „angemessenen Mittel" ein rechtlich zulässiges Mittel meint, denn dann sei der Satz selbstverständlich. Auch zu der Ablehnung der Gleichstellung der Zwecktheorie mit dem Satz „der Zweck heiligt die Mittel" durch Eberhard Schmidt nimmt Mezger Stellung [56]). Er führt aus, daß E. Schmidt diesen Satz „nur als Richtlinie für den Richter zur Findung einer Entscheidung mittels Rechtsergänzung gelten lassen wolle. Es sei unklar, wohin diese Richtlinie weise, „denn der Zweck allein kann nicht maßgebend sein, wie § 240 StGB und ähnliche zeigen, und, wann das Mittel angemessen ist, sagt die Formel nicht."

Frank [57]) empfindet die Fassung der Zwecktheorie als zu weit. Es dürften nur scharf umgrenzte Rechtfertigungsgründe zugelassen werden. Deshalb sei der vom Grafen zu Dohnau aufgestellte Satz, daß die Rechtswidrigkeit entfalle, wenn die Handlung das richtige Mittel zur Erreichung eines anerkannten Zweckes ist, abzulehnen [58]).

An Frank schließt sich Klee [59]) an. Man brauche keine gesetzliche Regelung des Notstandes, wenn es erlaubt sein soll, den Satz der Zwecktheorie ganz allgemein als geltendes Recht zu vertreten. Ausgangspunkt der Dohnaschen Theorie sei der Satz: „Schon objektiv läßt sich die Handlung nicht verwerfen und daher nicht als schuldhaft bestrafen, wenn der Täter nach den Umständen des Falles so zu handeln sittlich berechtigt war. Diese Auffassung sei nichts als eine mißbräuchliche Anwendung des Satzes, daß Analogie zugunsten des Täters im Strafrecht erlaubt sei.

Hegler [60]) hält das Prinzip des richtigen Mittels zur Erreichung des als richtig anerkannten Zweckes für „viel zu vag, unübersehbar und deshalb gefährlich, wenn nicht sogar nichtssagend". Auch führt er zur Ablehnung an, daß die positivrechtliche Anerkennung des Prinzips fehlt, denn mit Anerkennung eines Zweckes durch die Rechtsordnung sei noch nicht auch dieses Prinzip anerkannt.

Auch Lobe [61]) lehnt die Zwecktheorie ab: „Der bloße Umstand, daß ein vom Gesetz gebilligter Zweck eine hierzu geeignete und angemessene Handlung zu erreichen versucht wird, vermag diese, sofern sie im übrigen gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, noch nicht zu einer rechtmäßigen zu machen."

Es würde zu weit führen, alle Schriftsteller, die sich gegen die

[56]) Lehrbuch, Seite 243.
[57]) Kommentar, Seite 140.
[58]) Ähnlich Heimberger VDA IV. 4.
[59]) Goltdammers Archiv 69. 164.
[60]) ZStW 36. 38 Anm. 47.
[61]) Kommentar, Seite 22.

Zwecktheorie ausgesprochen haben, im gegebenen Zusammenhang anzuführen [62]). Zum Schluß sei jedoch noch die Ansicht des Reichsgerichts [63]), die von Wachinger [64]) geteilt wird, erwähnt. Das Reichsgericht lehnt die Zwecktheorie wegen der Weite ihrer Fassung ab, da diese zu bedenklichen Folgen führen könnte, „die nicht als dem Recht gemäß erachtet werden können."

3. Das Prinzip des wahren Wohls.

Hegler, der, wie oben festgestellt worden ist, die Zwecktheorie ablehnt, arbeitet mit einem „Prinzip des wahren Wohls." [65]). Er wendet dieses Prinzip, um zur Frage der Gesellschaftsschädlichkeit einer Handlung Stellung nehmen zu können. Sein Prinzip ist jedoch ebenso formal wie die Zwecktheorie. Es stellt nur einen Ausschnitt aus dieser Theorie dar und seine Ausfüllung mit Hilfe einer Abwägung der Interessen führt in der gleichen Art über das positive Recht hinaus, wie die Zwecktheorie. Hegler verläßt den „positiven Boden" genau so wie diejenigen, die er bekämpfen will. Man muß Sauer [66]) zustimmen, wenn er sagt, daß im Grunde eine Differenz mit den Gegnern nur in der Methode, jedoch kaum im Ergebnis vorhanden ist [67]).

4. Das Prinzip des kleineren Übels.

Oetker [68]) stellt das Prinzip des kleineren Übels auf. Er spricht dem Prinzip des überwiegenden Interesses die selbständige Bedeutung ab. Er unterscheidet Guts- und Pflichtennotstand. Unter Gutsnotstand versteht er [69]) die Lage eines Rechtssubjekts, in der es nur durch Begehung einer an sich verbotenen Handlung ein Gut erhalten kann. Im Gegensatz zum Gutsnotstand steht der von Binding [70]) entwickelte Pflichtennotstand. Für diesen gilt nach Oetker der Satz: impossibi-

---

[62]) Man vergleiche z. B. auch: Beling: Lehre vom Verbrechen, Seite 141; Hippel: Deutsches Strafrecht, Seite 191; Kohlrausch: ZStW 25. 661; Fischer: Rechtswidrigkeit, Seite 110; Gerland, Seite 154; Köhler: Deutsches Strafrecht I, S. 401.
[63]) RGE 61. 243 (253).
[64]) Frank-Festgabe I, Seite 476.
[65]) ZStW 36. 38 ff.
[66]) Grundlagen des Strafrechts, Seite 288.
[67]) Grundlagen des Strafrechts, Seite 288.
[68]) VDA II: 330 ff.
[69]) a. a. O., Seite 330.
[70]) Handbuch des Strafrechts, Seite 758.

lium nulla obligatio. Wenn zwei Pflichten kollidieren, von denen nur eine erfüllt werden kann, so ist die wichtigere zu erfüllen. In den Fällen des Gutsnotstandes will Oetker statt des überwiegenden Interesses das Prinzip des kleineren Übels entscheiden lassen: befinden sich zwei Rechtsgüter derart in Gefahr, daß beide verloren gehen, wenn nicht das eine sich auf Kosten des anderen rettet, so könne die Notstandshandlung nicht strafbar sein. Lasse sich ein Rechtsgut nur durch Verletzung eines unbeteiligten Gutes retten, so dürfe hier nicht das Prinzip des kleineren Übels eingreifen, sondern es sei das Recht in diesem Falle vor die Frage gestellt, in welchem Umfange es dem natürlichen Triebe der Selbsterhaltung Raum geben wolle.

Für die Fälle des Pflichtennotstandes und der Bevorzugung des kleineren Übels kommt Oetker zu demselben Ergebnis wie die Vertreter der Kollisionstheorie, daß in diesen Fällen ein Notrecht zu der betreffenden Handlung vorliege.

Die Oetkersche Ansicht ist nur eine Heraushebung gewisser Spezialfälle aus der weitergehenden, allgemeiner gefaßten Kollisionstheorie Rudolf Merkels.

5. Die Lehre Hold von Ferneck's.

Hold von Ferneck versucht in seiner Schrift „Die Rechtswidrigkeit" nach kritischer Untersuchung und Ablehnung der Kollisionstheorie die Lehre vom Nostand neu zu begründen. Gegen die Güterabwägungstheorie erhebt er 4 Vorwürfe:

1. sie sei sachlich unrichtig und praktisch undurchführbar,
2. überflüssig und unklar,
3. methodologisch verfehlt,
4. theoretisch unhaltbar.

Hold v. Ferneck geht von der Imperativentheorie aus und legt somit seiner Lehre einen subjektiven Standpunkt zugrunde. Der Begründer dieser Imperativentheorie war Thon [71]), als dessen Schüler Hold v. Ferneck angesehen werden muß. Thon sieht im Recht lediglich einen Komplex von Imperativen. Wenn er von diesem Ausgangspunkt dennoch zu der Möglichkeit eines objektiven Unrechts kommt, so kann ihm der Vorwurf einer Inkonsequenz nicht erspart werden. Im folgerichtigen Aufbau seiner Lehre ist es Hold v. Ferneck nicht möglich, diesen Fehler Thons mitzumachen und so

[71]) Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.

kommt er, wie es nicht anders sein kann, wenn seiner Lehre nicht auch die Folgerichtigkeit fehlen soll, zu einem rein subjektiven System, wie aus den folgenden Ausführungen hervorgehen wird. Bei einer Kritik der Lehre Hold v. Fernecks darf dieser Ausgangspunkt nicht vergessen werden.

Hold v. Ferneck formuliert das Problem folgendermaßen:

„Kann die Notlage des Täters die rechtliche Beurteilung seiner Handlung beeinflussen? Worin wäre dieser Einfluß begründet und wie weit könnte er reichen?“ [72]) Von großer Bedeutung ist nach Hold v. Ferneck der Erweis der Notlage des Täters. Er kommt zu dem Ergebnis, daß „Not“ begrifflich einen Zustand bedeutet, der das Individuum bedroht. Deshalb erscheint die Notlage des Täters, allgemein Notstand genannt, nur als Spezialfall der Zwangslage, die den Gesetzgeber „ausnahmsweise“ zur Durchbrechung der Rechtsnormen veranlaßt. „Die Notlage ist ein Spezialfall des unwiderstehlichen Zwanges. Die Straflosigkeit der Nothandlungen beruht mithin wohl auf dem Umstande, daß der Täter unter einem unwiderstehlichem Zwange gehandelt hat.“ [73])

Letzteren versucht Hold v. Ferneck dann näher zu bestimmen: „Unwiderstehlicher Zwang ist lediglich der äußere Zwang, etwa der Zwang, den eine besonders geartete Situation auf das Individuum übt und der ein Motiv in demselben bildet, welches die Durchschnittsmotive an Kraft überwiegt.“ Dann stellt Hold v. Ferneck seine eigene Lehre von der Proportionalität auf. „Unter Proportionalität ist aber in erster Linie nicht die Verhältnismäßigkeit zwischen dem in Not befindlichen und dem vom Benötigten gefährdeten Interesse zu verstehen, sondern das Größenverhältnis zwischen der Not des Täters und der gesetzlich angedrohten Strafe.“ Ferneck geht von der prinzipiellen Zusammengehörigkeit von Notstand und Notwehr aus. Für ihn bildet auch für die Notwehr nicht das Unrecht des Angreifenden, sondern die Not den Rechtsgrund.

Gegen diese Lehre von der Proportionalität wendet sich besonders v. Bar [74]), der ihrem Begründer Inkonsequenz vorwirft: „Wenn er (v. Ferneck) einerseits das Notstandsrecht in einer Weise bekämpft, die an Schärfe nichts zu wünschen übrigläßt, so wird dieser Polemik praktisch die Spitze abgebrochen durch die Ablehnung der Notwehr gegen die Notstandshandlungen, welche also ertragen werden müssen, sofern sie nicht so groß sind, daß der Dritte (Angegriffene) sie nicht

[72]) Band II, 1, Seite 102.
[73]) Band II, 1 Seite 106.
[74]) Band III, Seite 258, Anm. 431.

ertragen muß, also seinerseits ebenfalls in Notstand gerät, und in der Natur der Sache liegt es, daß, wenn Noteingriffe in den friedlichen Besitzstand einmal im weiten Umfang erlaubt sind, der Vermögenslose, also tatsächlich der Ersatzpflicht Entgehende, den eigenen Notstand überschätzen wird."

Aus den vorstehenden Ausführungen geht hervor, daß von den aufgestellten Theorien größere Anerkennung nur die Kollisionstheorie und die Zwecktheorie gefunden haben. Als herrschende Lehre muß die Kollisionstheorie angesehen werden, denn sie wird von der Mehrzahl der Schriftsteller vertreten, während gegen die Zwecktheorie, wie oben dargelegt, nicht unerhebliche Bedenken geltend gemacht worden sind.

Im folgenden Abschnitt wird es unsere Aufgabe sein, die eigene Stellungnahme zu den verschiedenen Theorien darzulegen und zu begründen.

§ 6.

Eigene Stellungsnahme zu den Theorien und Kritik der derzeitigen gesetzlichen Regelung der Güterabwägung.

1. Hegler und Oetker:

Zu dem Heglerschen Prinzip des wahren Wohls ist eine eingehende Stellungnahme nicht notwendig, da es in der Wissenschaft keine größere Bedeutung erlangt hat und im Ergebnis die gleiche Ansicht vertritt wie die Zwecktheorie [1]).

Auch auf das von Oetker aufgestellte Prinzip des kleineren Übels braucht nicht näher eingegangen zu werden, denn dieses Prinzip ist nur eine Heraushebung gewisser Spezialfälle aus der allgemeineren Kollisionstheorie, wie sie von Rudolf Merkel vertreten wird [2]).

2. Hold von Ferneck:

Die Proportionalitätslehre Holds von Ferneck hat in der Literatur keine Widerlegung gefunden, wenn auch die Polemik gegen diese Lehre nicht unbeträchtlich ist [3]). Die Ablehnung der Güterabwägungstheorie durch v. Ferneck beruht darauf, daß er das gesamte Notstandsproblem von der subjektiven Seite aus zu erfassen sucht, was bei seinem Ausgangspunkt — der Imperativentheorie — garnicht anders möglich ist. Dies geht deutlich aus seinen Ausführungen hervor: „Nicht Kollision zweier Interessen oder Rechtsgüter ist das den Notstand charakterisierende Merkmal, sondern die Kollision zwischen Strafdrohung und Not, also die Kollision zweier Motive im Täter, die Strafandrohung sucht ihn abzuhalten, die Not treibt ihn zu handeln. In Notstand befinden sich nicht zwei Interessen verschiedener Interessenträger, sondern nur die eine Person des Täters. Der Notstand besteht demnach nicht in einem objekti-

[1]) vergl. Seite 40 dieser Arbeit.
[2]) vergl. Seite 28 dieser Arbeit.
[3]) beachte besonders Michailoff: Der strafrechtliche Notstand. Seite 38.

ven, sich in der Außenwelt abspielenden Konflikt der Interessen verschiedener Personen, sondern in einem subjektiven, in der Seele des Genötigten sich abspielenden Kampf der Motive. Daher kann auch das Notstandsproblem nicht durch die Güterabwägung gelöst werden." [4]) Ferneck verlegt die Bedeutung des Notstandes demnach in die Innenwelt des Täters, während er die Außenwelt in vollkommen einseitiger Weise außer Acht läßt. Diese Ansicht läuft letzten Endes nicht nur auf eine Ablehnung der Güterabwägungstheorie, sondern auf eine Ablehnung des objektiven Gedankens der Interessenabwägung überhaupt hinaus.

Dem kann aber nicht zugestimmt werden, denn wenn die Rechtsordnung eine soziale Lebensordnung sein soll, so entsteht daraus für sie die Aufgabe, sich für ein bedrängtes Interesse einzusetzen und in bestimmten Fällen auch einen Eingriff in fremde Rechtskreise zuzulassen.

Wenn Hold v. Ferneck sagt, daß der Täter beim Notstand in einer Kollision von Strafdrohung und eigener Not handelt, so ist das selbstverständlich. Diese Strafdrohung ist nur der „Exponent der Rechtsgüter" [5]) an dem sich der Notstandstäter vergreifen muß, um die Gefahr beseitigen zu können. Die Motivationslage auf die Hold v. Ferneck die Notstandslage abstellt, ist von dem Wert des angegriffenen Rechtsgutes abhängig. Man kann sie nicht für sich allein betrachten, was Hold v. Ferneck jedoch tut und worin sein Fehler zu sehen ist. Die objektive Lage, in der sich der Täter befindet, wird von Hold v. Ferneck völlig verkannt.

Die Holdsche Lehre ist, von ihrem Ausgangspunkt — der Imperativentheorie — gesehen, folgerichtig aufgebaut. Dieser Ausgangspunkt ist aber, wie unsere Ausführungen gezeigt haben, unrichtig und führt zu Ergebnissen, die nicht gebilligt werden können, denn es ist unmöglich, die objektive Seite völlig außer Betracht zu lassen und die Bedeutung des Notstandes allein in die Innenwelt des Täters zu verlegen. Hierin liegt der Fehler der Holdschen Lehre.

3. Die Zwecktheorie:

Es muß auch der Zwecktheorie im Anschluß an die herrschende Lehre die Zustimmung und Anerkennung versagt werden.

---

[4]) Rechtswidrigkeit, Band II, 1. Seite 48.
[5]) Maurach, a. a. O., Seite 82.

Wenn die Vertreter dieser Theorie den Satz aufstellen, daß die Anwendung des angemessenen Mittels zur Erzielung eines von der Rechtsordnung anerkannten Zweckes nicht rechtswidrig sein kann, muß dagegen eingewendet werden, daß eine derartige Formulierung zu weit und unbestimmt, nicht scharf genug umgrenzt ist. Es ist einerseits nicht angängig, ein Mittel schon deshalb für nicht rechtswidrig anzusehen, weil es einem Zweck dient, der rechtlich zugelassen ist, denn der Satz „der Zweck heiligt die Mittel" hat im geltenden Recht keine Anerkennung gefunden. Gegen eine derartige Gleichstellung wenden sich die Vertreter der Zwecktheorie auch selbst (so E. Schmidt ZStW 49.382). Wenn die Theorie andererseits mit dem „angemessenem Mittel" ein rechtlich zulässiges Mittel meint, dann enthält der Satz lediglich eine Selbstverständlichkeit.

Damit wird die Zwecktheorie aber zu einer wertausfüllungsbedürftigen Formel, was Eb. Schmidt selbst zugibt (Lehrbuch 188), die für sich allein zur Ermittlung des Wertes der Tat unbrauchbar ist. Besonders beim übergesetzlichen Notstand zeigt es sich, daß die Zwecktheorie zu einer solchen Wertausfüllung wenig geeignet ist. Der übergesetzliche Notstand umfaßt regelmäßig Fälle, bei denen die Abgrenzung erleichternde Maßstäbe, wie z. B. bei § 54 StGB die besonderen Beziehungen des Täters zur Gefahr (Leibes- und Lebensnotstand) und zum Gefährdeten (Verwandte), nicht vorhanden sind. Es ist deshalb in diesen Fällen besondere Achtsamkeit am Platze. So erklärt es sich, daß das Reichsgericht sich in seinen Entscheidungen der Güterabwägungstheorie angeschlossen hat. Nicht aus prinzipiellen, sondern aus praktischen Erwägungen der Rechtssicherheit heraus muß daher der Güterabwägungstheorie der Vorzug vor der Zwecktheorie gegeben werden. Es ist nicht angängig, ein Mittel schon deshalb für nicht rechtswidrig anzusehen, weil es einem Zweck dient, der rechtlich zugelassen ist [7]). Bei der weiten Fassung der Zwecktheorie wäre es leicht möglich, daß ihre Anwendung in der Praxis zu Folgen führen könnte, die nicht als mit dem Rechte in Übereinstimmung stehend angesehen werden könnten [8]). Wenn die Vertreter der Zwecktheorie gegen die Güterabwägungstheorie einwenden, daß diese nur die Spezialisierung des Grundgedankens sei [9]),

---

[7]) im gleichen Sinne: Mezger Lehrbuch, S. 242.

[8]) Maurach sagt: „Es geht nicht an, die Entscheidung über Angemessenheit des Mittels und Richtigkeit des Zweckes allein der Souveränität des Richters zu übertragen. In der Hand auch des besten Richterstandes führt dies zur Auflösung des Strafrechts." (Seite 77).

[9]) z. B. Graf zu Dohna: Recht und Irrtum 14.

so ist dies nicht ganz richtig. Mit der Güterabwägungstheorie lassen sich genau so sämtliche Fälle lösen wie mit der Zwecktheorie, ohne daß das Prinzip eine derart weite Fassung erhalten müßte, wie dies bei der Zwecktheorie der Fall ist. Wenn man, was die herrschende Lehre jedoch nicht tut, die Wahrscheinlichkeit, mit der ein Erfolg eintritt, berücksichtigt [10]), so kommt man mit der Güterabwägungstheorie ebenso zu befriedigenden Ergebnissen, wie die Vertreter der Zwecktheorie dies nur mit der von ihnen vertretenen Theorie für möglich halten. Aus den vorstehend entwickelten Gesichtspunkten muß man zur Ablehnung der Zwecktheorie kommen und der Güterabwägungstheorie den Vorzug geben.

4. Die Güterabwägungstheorie:

Der Notstandsbegriff der lex lata ist, wie Zimmerl sich ausdrückt, „nicht als logische Konsequenz aus bestimmten Grundprinzipien abgeleitet, sondern er ist auf Grund praktischer Einzelerscheinungen rein gefühlsmäßig aus der Zahl der strafbaren Handlungen herausgehoben worden." [11]) In der Praxis traten Fälle auf, die, obgleich bei ihnen alle Verbrechensvoraussetzungen gegeben waren, nicht strafwürdig erschienen [12]). Allen diesen Fällen gemeinsam war das Merkmal der Not des Täters. Die Notstandslehre fand also ihren Ausgangspunkt in der Not des Täters. Da die „Not" aber ein äußerst weiter und dehnbarer Begriff ist, entwickelte die Lehre einschränkende Merkmale, wie die Unmittelbarkeit der Gefahr, daß die Not keine selbstverschuldete sein dürfe u. a. Diese Voraussetzungen des Notstandes wurden nicht aus strafrechtlichen Grundprinzipien heraus entwickelt; es läßt sich jedenfalls nicht nachweisen, welche Prinzipien zur Entwicklung und Aufstellung dieser Notstandsvoraussetzungen als Grundlage gedient haben könnten. Es ist vielmehr eine Unmöglichkeit festzustellen, als Konsequenz wessen sich der Notstandsbegriff, wie wir ihn im geltenden Recht vorfinden, darstellt. Dieser Notstandsbegriff muß angesehen werden als das Ergebnis praktischer Einzelerfahrungen [13]), die man bei den Fällen des täglichen Lebens machte und ohne jedes System, rein gefühlsmäßig aus der gro-

[10]) Vergl. Seite 51 ff. dieser Arbeit.
[11]) Arbeitsmethode, Seite 271.
[12]) Es sind dies vor allem die Fälle des übergesetzlichen Notstandes. Vergl. die Ausführungen Seite 22 dieser Arbeit.
[13]) Zimmerl: Arbeitsmethode, Seite 271.

ßen Zahl der strafbaren Handlungen absonderte und als Notstandsfälle ansah, da allen diesen Fällen, wie schon erwähnt, das Merkmal der Not des Täters gemeinsam war.

Zimmerl [14]) weist mit Recht daraufhin, daß man zunächst immer nur diejenigen Notstandsfälle im Auge hatte, die man heute als entschuldigenden Notstand zu bezeichnen pflegt. R. Merkel war der erste, der die Verschiedenheit der Notstandsfälle erkannte. Er legte dar, daß in den Fällen des rechtfertigenden Notstandes der Grund der Straflosigkeit des Täters bereits auf objektivem Gebiet liege, darin, daß es im Falle der Güterkollision dem Sinn der Rechtsordnung entsprechen müsse, daß das höherwertige Gut auf Kosten des minderwertigeren gerettet werde.

Es wäre Aufgabe der Wissenschaft gewesen, den Merkelschen Gedankengängen nachzugehen und sie zu Ende zu entwickeln. Aus den folgenden Ausführungen wird sich jedoch ergeben, daß dies nicht der Fall gewesen ist, sondern daß die herrschende Lehre sozusagen auf halbem Wege stehen geblieben ist und so zu ihren wenig befriedigenden Ergebnissen gelangt ist.

Ein nicht unerheblicher Teil der Bedenken, die gegen die Güterabwägungstheorie erhoben worden sind, ist durch eine oberflächliche wenn nicht sogar mißverständliche Darstellung des Prinzips entstanden [15]). Man kommt zu falschen Ergebnissen, wenn man unter „Gütern" die abstrakten Schutzobjekte der verschiedenen Delikte versteht. Es wären dann alle Verletzungen von Rechtsgütern, die unter einen bestimmten Tatbestand fallen, gleich schwer. Praktisch ist es aber so, daß unter einen Tatbestand Verletzungen von verschiedenartiger Schwere fallen. Zimmerl [16]) formuliert folgendermaßen: „Selbst wenn man, konsequent vom Gesichtspunkt der Güterabwägung ausgehend, nur die tatbestandlichen Erfolge von gleicher Schwere ins Auge faßt, ist es praktisch unmöglich, lediglich Erfolge von ganz gleicher Schwere unter einen Typus zu vereinigen. Selbst wenn man hundert Tatbestände der Körperverletzung schaffen wollte, würden wieder unter jeden einzelnen dieser Typen Erfolge von verschiedener Schwere subsumiert werden können." Es ist unmöglich, die abstrakten Rechtsgüter, die beispielsweise [17]) durch den Körperverletzungsparagraphen und den Sachbeschädigungsparagraphen geschützt werden, miteinander zu vergleichen. Wenn man die

[14]) a. a. O., Seite 272.
[15]) Zimmerl: a. a. O., Seite 276.
[16]) Zimmerl, a. a. O., Seite 277.
[17]) Dieses Beispiel bringt Zimmerl, a. a. O.

abstrakten typenmäßigen Werte verschiedener Rechtsgüter abwägen würde, dann würde man, wenn man, um bei dem Beispiel zu bleiben, die Körperverletzung für schwerwiegender ansieht, um eine gänzlich unbedeutende Körperverletzung abzuwenden, eine wertvolle, vielleicht unersetzliche Sache vernichten dürfen; andererseits wäre es erlaubt, wenn man die Sachbeschädigung für schwerwiegender ansehen würde, zur Rettung eines Pfennigstückes einen Menschen seines Augenlichtes zu berauben. An diesem einen Fall zeigt sich, daß, welches abstrakte Rechtsgut auch für das höherwertigere angesehen wird, eine befriedigende Lösung für alle Fälle nicht möglich ist, sondern daß immer Fälle vorkommen würden, bei denen man zu Fehlentscheidungen kommen würde. Da die Abwägung der abstrakten Rechtsgüter nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führt, müssen die konkreten Werte, die im Einzelfall eine Rolle spielen, miteinander verglichen werden. Die konkreten, tatsächlich drohenden Erfolge des Einzelfalles sind zu vergleichen und ihre Schwere ist abzuwägen. Die Schwierigkeit wird jedoch in der Durchführung dieser Abwägung liegen. Es dürfte nicht einfach sein, den Wert oder Unwert des Erfolges einer Handlung festzustellen. Dies hängt damit zusammen, daß die Strafrahmen für die verschiedenen Delikte nicht nach bestimmten Gesichtspunkten, sondern mehr oder weniger willkürlich festgesetzt worden sind, sodaß die erforderlichen Untersuchungen kaum durchführbar sind. Eb. Schmidt[18]) lehnt die Richtigkeit dieses Weges überhaupt ab. Er sieht die ganze Frage als eine solche der Rechtsergänzung und nicht der Rechtsentfaltung an. Auf das Gesetz sei keine Rücksicht zu nehmen, sondern allein die „Angemessenheit" sei entscheidend. „Mit Rechtsentfaltung ist hier nichts zu machen, vielmehr beginnt hier mit der Rechtslücke die Rechtsergänzung." Für das geltende Recht, welches nicht nach einheitlichen Grundprinzipien aufgebaut ist, ist es nicht möglich, das muß zugegeben werden, nach „Grundprinzipien" zu entscheiden; es bleibt dann aber nur eine Rechtsergänzung, die dann immer nur eine Entscheidung des Einzelfalles ist. Vom Standpunkt eines systematisch aufgebauten Gesetzes, wie es Zimmerl fordert, gibt es keine Rechtsergänzung, sondern nur eine Rechtsentfaltung, da jedes Problem nach den Prinzipien entschieden werden kann, die dem Gesetz zugrundeliegen[19]).

Ein Punkt, der, trotzdem er für die Frage der Güterabwägung von Bedeutung ist, von der herrschenden Lehre vom Güterabwä-

---

[18]) ZStW. 49. 355.
[19]) Zimmerl: Arbeitsmethode, Seite 280.

gungsprinzip mit der Behauptung getrennt wird, daß er mit der Güterabwägung in keinem Zusammenhang stehe, ist die Frage, inwieweit die Größe der Gefahr eine Rolle spielt. Man drückt diesen Gedanken durch das Merkmal „Unmittelbarkeit der Gefahr" aus, die vorliegen muß, um einen Notstand anerkennen zu können. Zimmerl sagt [20]), daß es sich hierbei um ein rein gefühlsmäßiges Merkmal handele. „In Wahrheit handelt es sich um die Einführung eines dem Wesen der Güterkollision entsprechenden Momentes in der äußerst naiven und unbeholfenen Form einer gesetzlichen Präsumption." Der Ansicht Zimmerls, daß es sich um ein von der herrschenden Lehre „rein gefühlsmäßig statuiertes Merkmal" handelt, welches man konsequenterweise aus dem Wesen der Güterabwägung entwikkeln könne, muß zugestimmt werden. Eb. Schmidt [21]) erklärt, daß er diesen Gesichtspunkt, den er übrigens als in dem Grundgedanken der Güterabwägung nicht enthaltenden ansieht, aus dem „Rechtsgefühl" und „den herrschenden Kulturanschauungen unserer Zeit und unseres Volkes" heraus entwickelt habe. Aus dieser Äußerung Eb. Schmidts geht die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht, daß es sich um ein rein gefühlsmäßig von der herrschenden Lehre entwickeltes Merkmal handelt, hervor. Daß nach der gefühlsmäßig-kasuistischen Methode aufgebaute geltende Strafrecht gewährleistet niemals eine materielle Gerechtigkeit. Diese setzt nämlich voraus, „daß jeder konkrete Fall auf Grund allgemein giltiger Kategorien, deren gegenseitiges Wertverhältnis allgemeingiltig festgesetzt ist, sowie einen inhaltlich bestimmten gleichbleibenden und daher auch allgemeingiltigen Wertmaßstab hat." [22]) Für materielle Gerechtigkeit ist es erforderlich, daß allgemeingültige Kategorien zugrunde gelegt werden. Zimmerl[23]) weist mit Recht darauf hin, daß man zu ungleichmäßiger Beurteilung der Einzelfälle kommt, wenn in einem Fall die Kategorie „Beweggrund des Täters" Berücksichtigung findet, die Kategorie „Erfolg" aber völlig außer acht gelassen wird, während in einem anderen Fall gerade umgekehrt vorgegangen wird. Einer der Betroffenen muß sich unrecht behandelt fühlen.

Die richtige Anwendung der gewählten Kategorie setzt nach Zimmerl [24]) voraus, daß auf die Merkmale abgestellt wird, die im Sinne

---

[20]) Zimmerl: Arbeitsmethode, Seite 286.
[21]) ZStW 49. 350 ff.
[22]) Zimmerl in Festschrift für E. Jung: Seite 226.
[23]) a. a. O.
[24]) a. a. O.

der betreffenden Kategorie wesentlich sind." Wenn man es auf die Kategorie „Rechtsgutverletzung" abstellen will, so müssen diejenigen Merkmale entscheidend sein, die den rechtsgutsverletzenden Charakter der Tat beeinflussen. Es kann nicht entscheidend sein, ob der Täter die Körperverletzung mit einer Waffe begangen hat, sondern darauf, ob er sie in einer Weise vorgenommen hat, die die Gefahr eines schwereren Erfolges in sich trägt.

Das Wertverhältnis der Kategorien muß selbstverständlich allgemeingültig festgesetzt werden. Es darf nicht in einem Fall die eine Kategorie vorwiegend, die andere überhaupt nicht berücksichtigt werden, während in einem anderen Fall genau umgekehrt vorgegangen wird. Die herrschende Lehre berücksichtigt wohl bei der Güterabwägung den Wert der beiden gegenüberstehenden Erfolge, nicht aber die Wahrscheinlichkeit mit der aus der Handlung des Täters der eine oder der andere Erfolg vorauszusehen ist. Dieser Gesichtspunkt der Wahrscheinlichkeit wird nur von wenigen Schriftstellern berührt, so von Beling [25]) und Zimmerl [26]).

Praktisch wird die Wahrscheinlichkeit aber auch von der herrschenden Lehre in gewissen Fällen berücksichtigt, bei denen die geringe Wahrscheinlichkeit eines negativen Erfolges als notwendiges Übel in Kauf genommen werden muß, um die bedeutend größere Wahrscheinlichkeit eines geringerwertigen positiven Erfolges ermöglichen zu können. So bei den Gefahren, die ein Eisenbahnunternehmen oder ein anderer lebenswichtiger Betrieb mit sich bringt. Mit derartigen Betrieben sind negative Erfolge verbunden, — z. B. schwere Eisenbahnunglücke —; die Wahrscheinlichkeit ihres Eintrittes ist jedoch gering. Auch die herrschende Lehre hat diese Betriebe nicht für unrechtmäßig erklärt, sondern im Gegenteil für äußerst nützlich, weil die Wahrscheinlichkeit des positiven Erfolges um ein vielfaches größer ist, als die Wahrscheinlichkeit des negativen Erfolges. Es gibt also Fälle, bei denen die Wahrscheinlichkeit auch von der herrschenden Meinung anerkannt wird.

Diese Tatsache, daß auch die herrschende Lehre die Wahrscheinlichkeit bei gewissen Fällen berücksichtigt, läßt sich damit erklären, daß der Gesetzgeber die Güterabwägung als Leitmotiv benutzt. Es wäre konsequent, wenn dieses Prinzip nun auch bei der Gesetzesauslegung berücksichtigt werden würde. Da dies jedoch nicht der Fall ist, kommt die Lehre zu den erwähnten Ergebnissen, bei denen in ge-

---

[25]) Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht.
[26]) Arbeitsmethode Seite 286 ff., System 72. Man vergl. auch Sauer, S. 275.

wissen Fällen die Wahrscheinlichkeit berücksichtigt wird, bei anderen dagegen nicht. In den Güterabwägungsfällen muß nach der hier vertretenen Ansicht nicht nur der Wert der in Betracht kommenden Erfolge, sondern auch die Wahrscheinlichkeit mit der jeder dieser Erfolge voraussichtlich eintreten wird, Berücksichtigung finden. Die Fälle liegen immer so, daß ein Gut, welches in einer Gefahr schwebt, durch eine Handlung, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit seiner Rettung dienlich ist, aber gleichzeitig mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit die Vernichtung eines anderen Rechtsgutes zur Folge hat, gerettet wird. Es stehen sich also gegenüber: einerseits Rettung eines Gutes und andererseits Vernichtung eines zweiten Gutes. Es ist nun erforderlich, die Werte der beiden Rechtsgüter festzustellen. Hierbei ist es leicht möglich, den Wert des ersten Erfolges, also die Rettung eines Gutes, falsch zu bewerten, denn der Wert des geretteten Gutes ist nicht unbedingt in allen Fällen gleich dem Marktwert, den das gerettete Gut hat. Der volle Wert für das gerettete Gut kann nur dann angesetzt werden, wenn das gerettete Rechtsgut unter allen Umständen der Vernichtung preisgegeben gewesen wäre. Der Wert der Rettungshandlung sinkt in dem Maße, in dem die Wahrscheinlichkeit, daß das gerettete Gut nicht vernichtet worden wäre, steigt. Zimmerl[27]) formuliert sehr richtig, wenn er sagt, daß der Wert der Rechtshandlung mit der Größe der Gefahr steigt, welche dem geretteten Gut gedroht hat, mit der Wahrscheinlichkeit, mit welcher der Untergang des geretteten Gutes zu erwarten war.

Außer von der Größe der Gefahr ist der Wert der Rettungshandlung aber auch abhängig von der Größe der Wahrscheinlichkeit mit der von ihr die Beseitigung des Zustandes zu erwarten ist, der als Gefahr für das gerettete Gut erscheint. Der Wert der Rettungshandlung steigt mit der zunehmenden Größe dieser Wahrscheinlichkeit. Die Größe der Gefahr und die Wahrscheinlichkeit der Beseitigung dieser Gefahr bestimmen also den Wert der Rettungshandlung.

Nachdem so der Wert des geretteten Gutes festgestellt worden ist, muß auch derjenige des der Vernichtung anheimfallenden Gutes bestimmt werden. Der Weg hierzu ist dem vorstehend entwickelten ähnlich. Wenn das durch die Nothandlung vernichtete Gut sich vorher in keiner Gefahr befand, so ist der Wert der Handlung des Notstandstäters bezüglich dieses negativen Erfolges durch den Wert der

---

[27]) Arbeitsmethode, Seite 287.

Vernichtung des Gutes — also ein Unwert — und durch die Wahrscheinlichkeit, mit der dieser negative Erfolg zu erwarten ist, festgesetzt. Besand sich das vernichtete Gut schon vor der Handlung in Gefahr, so kann nicht die ganze Wahrscheinlichkeit, mit der die Vernichtung des Gutes zu erwarten ist, sondern es darf nur derjenige Unwert hinzugerechnet werden, der der Erhöhung der vor der Handlung bestehenden Gefahr und der Gefahr, die nach Vornahme der Handlung besteht, entspricht. Je höher die Gefahr war, desto geringer ist der Unwert der Vernichtungshandlung. Wenn nun die Vernichtung des Gutes bereits völlig feststand, so ist der Unwert der Vernichtungshandlung gleich Null. Praktisch wird ein derartiger Fall jedoch kaum vorkommen, denn völlig sicher ist die Vernichtung einer Sache immer erst im Augenblick ihres Unterganges. Bis zu diesem Zeitpunkt kann durch irgendwelche Ereignisse die Vernichtung verhindert werden. Weiterhin wäre in einem derartigen Falle erforderlich, daß das Gut in der Zeit zwischen der Vernichtung durch die Handlung und der Vernichtung, die auch ohne diese Handlung eingetreten wäre, keinerlei Nutzen mehr gebracht hätte. Ein Fall, der praktisch außerordentlich selten, ja man kann wohl sagen, fast niemals vorkommen wird [28]).

Von diesen hier entwickelten Gesichtspunkten anerkennt die herrschende Lehre nur die Wahrscheinlichkeit, mit der die Vernichtung des zu errettenden Gutes vorauszusehen ist. Man verlangt, daß diese Gefahr „unmittelbar" bevorstehen müsse, d. h. also, daß die Gefahr eine besonders große sein müsse. Zimmerl [29]) macht darauf aufmerksam, daß es völlig klar sei, daß unter sonst gleichen Umständen „die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintrittes um so geringer wird, je größer der Zeitraum ist, welcher uns von dem Augenblick des möglichen Eintritts des Erfolges trennt". Mit der größeren Nähe eines Ereignisses wächst die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes eines Schadens, weil die Möglichkeit, daß eine Begebenheit eintritt, die den Schaden verhindern könnte, mit dem Näherkommen des schädigenden Ereignisses immer unwahrscheinlicher wird. Die herrschende Meinung, an ihrer Spitze Eb. Schmidt, sieht in dem Merkmal des „unmittelbar Drohens der Gefahr" ein solches, das mit dem Prinzip der Güterabwägung in keinem Zusammenhang steht, sondern aus dem „allgemeinen Rechtsgefühl geboren ist". Zimmerl kritisiert die Ansicht Eb. Schmidts mit den Worten: „Es ist geradezu erstaunlich, wie es

---

[28]) im gleichen Sinne Zimmerl: Arbeitsmethode, S. 287 f.
[29]) Zimmerl: Arbeitsmethode, Seite 289.

ihm (Schmidt) möglich war, an der richtigen Lösung haarscharf vorbeizukommen." Man muß dieser Kritik zustimmen, wenn man die Gedankengänge Schmidts an Hand der von ihm selbst gebrachten Beispiele verfolgt.

Schmidt [30]) benutzt das bekannte Beispiel des Stänkerers und sagt, daß man Notstand zubilligen müsse, wenn jemand einen fremden Gegenstand nimmt, um ihn dem Stänkerer, der ihn bedroht, an den Kopf zu werfen, und diesen auf diese Art abwehrt; aber nur unter der Bedingung, daß der Angriff ein „gegenwärtiger" sei. Wenn der Angriff erst für einen späteren Zeitpunkt zu erwarten sei, wenn auch mit aller Bestimmtheit, so sei die Handlung nicht durch Notstand gedeckt. Er begründet seine Meinung damit, daß das Merkmal der Gegenwärtigkeit des Angriffes den Kulturanschauungen unserer Zeit entspreche. Andererseits läßt Schmidt jedoch eine Schwangerschaftsunterbrechung zur Rettung der Mutter auf Kosten der Leibesfrucht unter Berufung auf Notstand zu. Bei folgerichtiger Durchführung seiner Ansicht dürfte Schmidt die Schwangerschaftsunterbrechung erst im Augenblick der größten Gefahr, wenn der Tod der Mutter unmittelbar bevorsteht, zulassen, denn vorher ist die Gefahr keine „gegenwärtige". Zimmerl [31]) sagt, daß Schmidt diese Konsequenz, die man u. E. unbedingt ziehen muß, nur entgehen kann, indem er sie ableugnet, jedoch ohne dafür stichhaltige Gründe angeben zu können. Wenn man sagt, daß mit Wahrscheinlichkeit schon lange Zeit vorher die Entwicklung der Dinge vorausgesehen werden könne, beweist man noch lange nicht, daß die Gefahr schon eine gegenwärtige ist, sondern erhärtet die von Zimmerl begründete und hier vertretene Ansicht, daß es nicht auf die Gegenwärtigkeit ankommt, sondern auf die Größe der Gefahr, auf die Wahrscheinlichkeit mit der mit dem Eintreffen des Erfolges gerechnet werden muß, nicht aber auf die Z e i t, wann dieser Erfolg eintreten wird. Die Unrichtigkeit der Schmidtschen Auffassung ergibt sich aus einem Vergleich seiner Beispiele. Wenn der Stänkerer bestimmt die Absicht äußert, nach Ablauf eines gewissen Zeitraumes einen Angriff vorzunehmen, so kann noch lange nicht mit Sicherheit angenommen werden, daß dieser Angriff auch zur festgesetzten Zeit erfolgen wird, denn bis dieser Zeitpunkt gekommen ist, kann vielerlei geschehen, was den „Stänkerer" an der Ausführung seines Planes hindern kann. Anders im Falle der Schwangerschaftsunterbrechung, bei der man auf Grund wissenschaftlicher

[30]) ZStW 49. 350 ff.
[31]) Zimmerl, a. a. O., Seite 290.

Erfahrungen den Ablauf der Ereignisse mit Bestimmtheit voraussehen kann. Nur in seltenen Fällen wird die Gefahr bis zum Eintritt des Ereignisses anderweitig beseitigt werden können.

Aus den vorstehenden Ausführungen geht demnach hervor, daß „das Merkmal der Gegenwärtigkeit der Gefahr sich als ein minderwertiger Ersatz einer der vier Wahrscheinlichkeiten“ [32]) darstellt, „welche für den rechtlichen Wert einer Handlung bedeutsam sind, die ein Gut retten und gleichzeitig ein anderes vernichten soll.“ [33]) Die bei weitem überwiegende Zahl aller Schriftsteller steht auf dem Standpunkt, daß bei dem Prinzip der Güterabwägung die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen keine Rolle spielt. Selbst Mezger, der Hauptverfechter der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen, vertritt die Meinung; er sagt wörtlich: „Für subjektive Unrechtselemente ist in diesem Zusammenhang kein Raum.“[34]) Es soll nach dieser Ansicht die bei der Güterabwägung vorzunehmende Abwägung rein objektiver Natur sein. Nicht der Wert, den der Handelnde dem Rechtsgut beilege, und nicht die persönliche Pflichtmäßigkeit seines Handelns sei maßgebend, sondern die nach sozialen Wertgesichtspunkten vorzunehmende Bewertung durch die Rechtsordnung, d. h. letzten Endes durch den Richter. Die subjektiven Unrechtselemente seien völlig außer acht zu lassen. Diese Auffassung kann nicht ohne weiteres unsere Zustimmung finden. Wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt, dann hat eine rein objektive Abwägung zu erfolgen, ohne Rücksicht darauf, was der Täter sicht vorgestellt hat und erreichen wollte. Soweit aber subjektive Unrechtselemente vorkommen, sind sie, wenn dies möglich ist, wie z. B. bei den Absichtsdelikten, in das Objektive zu übertragen. Im übrigen spielen die subjektiven Unrechtselemente überhaupt keine Rolle, soweit es sich um Rechtfertigungsgründe handelt. Wenn aber die objektive Prüfung ergibt, daß die Handlung des Täters unrecht ist und nur die Frage nach der subjektiven Entschuldigung aufzuwerfen ist, dann verschiebt sich die ganze Problemstellung in das Subjektive. Denn nun ist es nicht mehr entscheidend, ob das Gute oder Böse in der Handlung des Täters überwiegt, sondern ob dem Täter daraus ein Vorwurf gemacht werden kann, daß er mehr Negatives als Positives, oder anders ausgedrückt, mehr Schaden als Nutzen gestiftet hat. Bei dieser Frage der Vorwerfbarkeit kommt es darauf an, wie der Täter sich den Wert der zerstörten und der geretteten Sache

[32]) Vergleiche Seite 51 ff. dieser Arbeit.
[33]) Zimmerl: Arbeitsmethode, Seite 291.
[34]) GS. 89. 314. Ähnlich Lehrbuch Seite 249 und Eb. Schmidt ZStW 49. 391.

vorgestellt hat. Außerdem muß in Erwägung gezogen werden, ob der Täter eine pflichtgemäße Abwägung der beteiligten Rechtsgüter vorgenommen hat.

Ein subjektiver Standpunkt wird in der Literatur u. a. eingenommen von Siegert[35]), und Wachinger[36]). Fraglich und zu untersuchen ist, inwieweit die Einwilligung oder Nichteinwilligung eines Gutsträgers eine Rolle spielt. Die herrschende Lehre lehnt es ab, daß die Einwilligung im Rahmen der Güterabwägung von Bedeutung ist. Sie sieht in der Verletzung eines Nichteinwilligenden nur die Verletzung eines Gutes, die darin liegt, daß z. B. die körperliche Unversehrtheit eines Menschen verletzt wird. Liegt aber nicht in einer Körperverletzung noch eine weitere Gutsverletzung?[37]) Es besteht u. E.[38]) außer dem Interesse, daß die Allgemeinheit an dem Leben und der körperlichen Unversehrtheit des Einzelnen hat, auch ein Interesse daran, daß, wie Zimmel es ausdrückt, „jeder in seinem Interesse zu leben geschützt wird." Das Zusammenleben in einer Gemeinschaft ist zweifellos nur möglich, wenn dem einzelnen Mitglied der Gemeinschaft der Schutz gewisser Interessen zugesagt wird. Nach dieser Ansicht ist zwar die Körperverletzung mit Einwilligung auch Unrecht, aber die Schwere dieses Unrechts ist geringer, als diejenige einer Körperverletzung ohne Einwilligung, denn es wird nur das Interesse der Allgemeinheit und der Unversehrtheit des Betroffenen verletzt, nicht aber das zweite Interesse des Schutzes gewisser Interessen, weil der Einwilligende auf diesen Schutz durch seine Einwilligung in die Verletzung verzichtet hat. Es ist demnach die Verletzung mit Einwilligung des Betroffenen ein geringeres Unrecht als die Verletzung ohne Einwilligung. Deshalb geht es nicht an, bei einer Güterkollision die Erfolge in beiden Fällen gleich zu bewerten.

Für alle Fälle, bei denen eine Güterabwägung in Betracht kommt, muß die Einwilligung der über die kollidierenden Rechtsgüter Verfügungsberechtigten berücksichtigt werden, weil die Güterverletzung verschieden schwer ist, je nachdem ob der über das Gut zu verfügen Berechtigte der Verletzung zustimmt oder nicht.

Die herrschende Lehre berücksichtigt die Einwilligung im Rahmen

---

[35]) Notstand, Seite 41.

[36]) Frank-Festgabe, Seite 515.

[37]) Die Auseinandersetzung mit der Lehre Schaffsteins, die das Verbrechen als Pflichtverletzung ansieht, folgt Seite 68 ff. dieser Arbeit.

[38]) Eine Ansicht, die zuerst von Zimmerl: Arbeitsmethode, S. 281 vertreten worden ist.

der Güterabwägung überhaupt nicht. Schmidt[89]) meint, daß die Notwendigkeit, daß die Einwilligung berücksichtigt werden muß, was jedoch innerhalb der Güterabwägung nicht möglich sein soll, — eine Ansicht, der, wie aus vorstehenden Ausführungen hervorgeht, nicht zugestimmt werden kann, — als Beweismittel dafür heranzuziehen sei, daß es nicht möglich sei, die Fälle des rechtfertigenden Notstandes mit der Güterabwägungstheorie zu lösen. Wir sind in den vorstehenden Ausführungen zu dem Ergebnis gekommen, daß eine Handlung straflos bleiben muß, wenn der Erfolg der Handlung mehr Positives als Negatives bringt. Dieser Satz gilt ohne Einschränkung, wenn zu dem Zeitpunkt, als der Täter zu handeln begann, eine Kollisionslage bereits bestand. Anders ist jedoch zu entscheiden, wenn dies nicht der Fall ist, sondern, wenn der Täter erst eine Kollisionslage schafft, um sie dann in dem angegebenen Sinne zu lösen. Zur Erläuterung möge ein Beispiel dienen. Einem Chemiker gelingt die Herstellung eines Sprengmittels von bisher ungeahnter Wirksamkeit, das im Falle eines Krieges von entscheidender Bedeutung sein kann. Bei den angestellten Versuchen, mit denen die Wirksamkeit des Mittels geprüft werden soll, werden Menschen getötet. Zweifellos ist die Errettung eines ganzen Volkes im Kriegsfalle höher zu bewerten als die Erhaltung von 10 oder 20 Menschenleben. Trotzdem kann die Handlung nicht straffrei sein, wenn sie auch mehr Positives als Negatives geschaffen hat.

In derartigen Fällen, bei denen der Täter keine Kollisionslage bei seinem Tätigwerden vorfindet, sondern selbst erst eine solche Lage schafft, um sie dann zu lösen, kann es nicht dem einzelnen Staatsbürger überlassen bleiben zu prüfen, ob seine Handlung mehr Nutzen als Schaden stiften wird. Dies könnte leicht zu untragbaren Konsequenzen führen. Die Auflösung eines geordneten Staatswesens und die Herbeiführung anarchischer Zustände könnte die Folge sein. Die Straflosigkeit dieser Fälle, bei denen eine Kollisionslage erst vom Täter geschaffen wird, darf nur dann gewährt werden, wenn sie vom Gesetzgeber für den Einzelfall ausdrücklich vorgesehen ist. Die Prüfung der Frage, wann dies der Fall sein sollte, kann nicht dem Einzelnen überlassen werden, sondern ist Aufgabe des Gesetzgebers.

Mit Recht weist Zimmerl darauf hin, daß die herrschende Lehre keine Zwischenstufen zwischen den Fällen macht, in denen eine Handlung nicht rechtswidrig ist, weil das Unrecht durch Notstand aufgehoben ist, und den Fällen, in denen das Unrecht des durch die Hand-

---

[89]) ZStW 49. 350 ff.

lung verwirklichten Delikts voll zur Geltung kommt. Wenn der negative Erfolg den positiven auch nur um ein Geringes überwiegt, läßt man den positiven Erfolg gänzlich außer Acht und stellt es nur auf den negativen Erfolg ab. Ist diese Ansicht der herrschenden Lehre zu billigen? Diese Frage muß verneint werden, denn zwischen diesen Grenzfällen liegt eine Unzahl von Fällen, bei denen die Handlung sowohl einen negativen als auch einen positiven Erfolg hervorbringt. Es kommt darauf an, welcher Erfolg überwiegt. Überwiegt der positive, ist die Handlung je nach der Stärke des Überwiegens mehr oder weniger rechtlich wertbetont. Wenn dagegen der negative Erfolg überwiegt, ist die Handlung, wiederum von der Stärke dieses Überwiegens abhängend, mehr oder weniger unrechtmäßig. Es ergibt sich, daß es sich in den Fällen des rechtfertigenden Notstandes garnicht um Notstandsfälle handelt, weil der Grund für den mangelnden rechtlichen Unwert einer Handlung in den Fällen des rechtfertigenden Notstandes ausschließlich in dem Gedanken gefunden werden kann, daß eine Handlung nicht Unrecht sein kann, die mehr Positives als Negatives zu schaffen verspricht[40]). Der Grund für die Straffreiheit liegt doch niemals in der Not des Täters. Diese Konsequenz, die Zimmerl zieht, daß nämlich der rechtfertigende Notstand gar kein Notstandsfall ist, geht aus den Ausführungen R. Merkels hervor[41]). Die Lehre hat jedoch diese Konsequenz gar nicht gezogen, sie hat nicht erkannt, daß es sich um einen Unrechtausschließungsgrund eigener Art handelt. Bei der Entwicklung dieses Unrechtsausschließungsgrundes muß zwar vom Notstand ausgegangen werden; letzten Endes hat er jedoch mit dem Notstand nichts mehr zu tun. Man erkannte nicht, daß der Grundgedanke des rechtfertigenden Notstandes ein allgemeiner Grundsatz ist. Richtige Ansätze finden sich bei Sauer[42]), der von einem „einheitlichen Grundgedanken" spricht. Aber auch Sauer zog nicht die letzten Konsequenzen aus seinen Gedankengängen.

Nur dadurch, daß die herrschende Lehre den rechtfertigenden Notstand als Notstand ansieht, ist es erklärlich, daß sie verlangt, daß die drohende Gefahr durch kein anderes Mittel, als das vom Täter angewendete, beseitigt werden kann. Dies Merkmal kann nur für wirkliche Notstandsfälle Gültigkeit haben, da es auf die Notlage des Täters zurückgeht. Es handelt sich um ein Merkmal, das mit

---

[40]) Arbeitsmethode, Seite 292.
[41]) Seite 49 ff., a. a. O.
[42]) Seite 350 ff., a. a. O.

der Güterabwägung in keinem Zusammenhang mehr steht[43]). Man kann eine Handlung, deren positiver Erfolg den negativen bei weitem überwiegt, nicht deshalb für unrechtmäßig erklären, weil die Gefahr durch ein anderes Mittel beseitigtigt, der positive Erfolg also auf andere Art hätte herbeigeführt werden können. Zimmerl bringt in diesem Zusammenhange das Beispiel, daß ein Mann, um ein Kind vor dem Erstickungstode zu retten, ein Fenster einschlägt. Später stellt sich heraus, daß er das Kind auch durch die unverschlossene Wohnungstür hätte retten können. Nach herrschender Ansicht muß dieser Mann, nennen wir ihn X, da er die Gefahr auf andere Weise hätte beseitigen können, wegen Sachbeschädigung bestraft werden. Dieses Ergebnis ist nicht nur unbillig, sondern auch unrichtig. Zweifellos schafft X durch seine Handlung einen positiven Erfolg, der den negativen bei weitem übersteigt. Nach der Güterabwägungstheorie kann eine Handlung, deren positiver Wert überwiegt, nicht strafbar sein. Es kann nun eingewendet werden, daß X, wenn er das Kind durch die Tür gerettet hätte, eine noch bedeutend wertbetontere Handlung hätte vollbringen können. Kann man ihm aber zum Vorwurf machen, daß er anstelle einer wertvollen Handlung nicht eine noch wertvollere Handlung gesetzt hat und ihn deshalb bestrafen? Hätte sich der Retter passiv verhalten und nichts unternommen, wäre das Kind erstickt, er jedoch hätte keine strafbare Handlung begangen und wäre straffrei; so hat er zwar das Kind gerettet, sich selbst aber strafbar gemacht. Es liegt ein Widerspruch darin, daß X, der durch seine Tätigkeit erreicht hat, daß ein großes Übel in ein kleineres Unrecht verwandelt wird zu bestrafen, während die Lehre andererseits der Ansicht huldigt, daß, wer es unterläßt, ein Unglück zu verhindern, sofern er dazu in der Lage ist, nur dann bestraft werden kann, wenn ihm eine besondere Pflicht zur Abwendung des Unglücks auferlegt ist. Bei den Notstandsfällen entscheidet die Lehre aber gerade entgegengesetzt. Sie bestraft denjenigen, der weniger Positives schafft, als er im günstigsten Falle hätte schaffen können. Es ist nicht darauf abzustellen, ob die Notlage auf eine andere Art besser hätte gelöst werden können, sondern darauf, ob die tatsächliche Lösung bei Abwägung aller Gesichtspunkte einen positiven oder einen negativen Wert der Handlung ergibt. Die vorstehenden Ausführungen dürften beweisen, daß das Merkmal, daß die Gefahr nicht anders abwendbar sein darf, beim Prinzip der Gü-

[43]) So auch Zimmerl.

terabwägung keine Rolle spielt und in diesem Zusammenhang nicht herangezogen werden darf.

Im Vorstehenden wurden die Punkte behandelt, die u. E. für die Frage der Güterabwägung von Bedeutung sind und die Fehler in der Ansicht der herrschenden Lehre aufgedeckt. Es ist nun unsere Aufgabe zu der derzeitigen gesetzlichen Regelung, soweit sie für unser Thema Bedeutung hat, Stellung zu nehmen.

Wie oben ausgeführt worden ist [44]), nimmt die lex lata bei der Notwehr keine Güterabwägung vor. Der Gesetzeswortlaut steht der Anwendung des Güterabwägungsprinzips entgegen, sodaß die Versuche in der Literatur, trotzdem eine Güterabwägung vorzunehmen, als verfehlt angesehen werden müssen [45]). Eine andere Frage ist es, ob die derzeitige gesetzliche Regelung als richtig angesehen werden kann oder ob de lege ferenda nicht eine Regelung zu treffen wäre, die das Güterabwägungsprinzip berücksichtigt. Die unbeschränkte Zulässigkeit der Notwehr, wie im geltenden Recht, kann zu unbilligen Ergebnissen führen [46]). Es sei hier nur an das Schulbeispiel erinnert, daß ein gelähmter Greis berechtigt ist, ein Kind, das in seinem Obstbaum sitzt und unberechtigt Obst pflückt, niederzuschießen. Dagegen würde eine schrankenlose Anwendung des Prinzips der Güterabwägung in vielen Fällen eine angebrachte Verteidigung unmöglich machen. Der Schutz der Rechtsgüter würde in Gefahr geraten, da schwere Angriffe auf das Vermögen, besonders von seiten des Berufsverbrechertums, nicht mit der notwendigen Schärfe zurückgewiesen werden könnten. Dieser Gesichtspunkt war dafür ausschlaggebend, daß die amtliche Strafrechtskommission in ihrem Bericht „Das kommende deutsche Strafrecht" davon abgesehen hat, den die Notstandslehre beherrschenden Gedanken der Güterabwägung auch bei der Notwehr zu verwerten, also zu fordern, daß der von der Verteidigung zu erwartende Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angriff drohenden Schaden steht [47]). Eine schrankenlose Anwendung des Güterabwägungsprinzips ist aus dem angeführten Grunde nicht zweckmäßig. Möglich wäre sie jedoch in der von v. Buri [48]) vertretenen Form, der die Notwehr als ein vom Staate verliehenes Recht ansieht. Es wäre dem Einzelnen dann zu seiner und seiner Rechtsgüter Verteidigung nicht mehr zu tun erlaubt, als die staatlichen Or-

---

[44]) Vergleiche Seite 15 dieser Arbeit.
[45]) z. B. v. Buri G.S. 30. 463.
[46]) Im gleichen Sinne Thierack, a. a. O., S. 87: „Wertvolle Güter dürfen ohne erheblichen Anlaß nicht der Notwehr preisgegeben werden."
[47]) Hierzu siehe § 8 dieser Arbeit.
[48]) G.S. Seite 463 Band 30.

gane tun würden, wenn sie im Augenblick der Handlung zugegen wären und zur Tätigkeit in der Lage wären. Letzten Endes wäre dann also als Maßstab für die Zulässigkeit einer Notwehrhandlung das öffentliche Interesse anzusehen. Es darf jedoch hierbei nicht übersehen werden, daß die praktische Brauchbarkeit dieses Merkmals nur bedingt ist. Es sind Einzelfälle denkbar, bei denen es zweifelhaft ist, ob das öffentliche Interesse in dem vorliegenden Fall betroffen wird, oder ob das nicht der Fall ist, d. h. ob die Verteidigung eines Rechtsgutes nicht mehr zulässig ist, weil die staatlichen Organe nicht einschreiten würden bezw. weniger einschneidende Maßnahmen ergreifen würden.

Die gesetzliche Regelung beim Notstand erkennt das Prinzip der Güterabwägung im gewissen Sinne an [49]). Unzuträglichkeiten ergeben sich jedoch aus der äußerst engen Fassung des § 54 StGB, der Notstand nur für Rettung aus einer Gefahr für Leib oder Leben zuläßt. Der Kreis der notstandsfähigen Güter muß de lege ferenda erweitert werden, denn es ist z. B. ein unhaltbarer Zustand, daß die Ehre eines Menschen, das höchste Gut, das er sein Eigen nennt, nicht durch Notstandshandlungen geschützt werden kann. Maßgebend muß der Gedanke sein, daß alle Güter notstandsfähig sind. Dafür, daß die Fälle des Leibes- und Lebensnotstandes herausgehoben werden und allein für notstandsfähig erklärt werden, ist kein Grund vorhanden. Eine derartige Abspaltung ist nicht ohne Willkür möglich. Im künftigen Recht muß darüber hinaus eine Notstandshandlung nicht nur zu Gunsten des sich im Notstand Befindlichen und seiner Angehörigen erlaubt sein, sondern muß auch allen anderen Personen gestattet sein. Thierack [50]) ist zuzustimmen, wenn er ausführt, daß die Beschränkung auf Gefahr für Leib und Leben des Täters oder seiner Angehörigen mit dem Treuegedanken unvereinbar sei. In einer wahren Volksgemeinschaft stehen sich die Mitglieder dieser Gemeinschaft einander gleichwertig gegenüber. Es widerspricht dem Sinn der Volksgemeinschaft, daß jemand in einem Notstandsfall wohl seinem sich im Notstand befindlichen Angehörigen zu Hilfe kommen darf, nicht aber einem anderen Volksgenossen, nur deshalb, weil letzterer kein Angehöriger von ihm ist. Es ergibt sich aus dem eben Gesagten, daß die Beschränkung des Notstandes mit der Pflicht zur Hilfeleistung und Treue des Einzelnen gegenüber der Gesamtheit der Volksgenossen unvereinbar ist.

Es sei noch darauf hingewiesen, daß durch eine Erweiterung der

---

[49]) Vergleiche Seite 19 ff. dieser Arbeit.
[50]) Thierack, a. a. O., Seite 87.

Zulässigkeit des Notstandes die vom Reichsgericht anerkannten Fälle des übergesetzlichen Notstandes ihre Sanktionierung durch das Gesetz finden würden [51]).

Diese Regelung könnte jedoch nur für die Fälle des rechtfertigenden Notstandes Gültigkeit haben, nicht für die Fälle des nur entschuldigenden Notstandes. Denn, wenn ein entschuldigender Notstand vorliegt, kann dem Täter nur verziehen werden, wenn es sich um das Rechtsgut des Täters oder eines Angehörigen handelt, das sich in Gefahr befindet und das der Handelnde retten will. Bei Vorliegen eines nur entschuldigenden Notstandes kann dem Täter jedoch keine Straffreiheit gewährt werden, wenn es sich um ein fremdes Rechtsgut handelt, das den Handelnden nichts angeht. Es ist nicht seine Angelegenheit dieses Rechtsgut zu retten.

Die Fälle des rechtfertigenden Notstandes müssen sodann aus der Notstandsregelung herausgenommen werden, da es sich bei ihnen in Wirklichkeit gar nicht um Notstandsfälle handelt. Wir haben es bei ihnen vielmehr mit einem Unrechtsausschließungsgrund eigener Art zu tun. Der Begriff des rechtfertigenden Notstandes müßte demnach aus dem Gesetz verschwinden. Er müßte durch eine Vorschrift ersetzt werden, die den erwähnten Unrechtausschließungsgrund zum Ausdruck bringt. Die Fälle des rechtfertigenden Notstandes müssen sodann aus der Notstandsregelung herausgenommen werden, da es sich, wie wir bereits festgestellt haben, bei ihnen in Wirklichkeit gar nicht um Notstandsfälle handelt. Das ergibt sich daraus, daß der Grund für den maßgebenden rechtlichen Unwert einer Handlung in den Fällen des „rechtfertigenden Notstandes" ausschließlich in dem Gedanken gefunden werden kann, daß eine Handlung, die mehr Positives als Negatives zu schaffen verspricht, nicht Unrecht sein kann. Es handelt sich hier um einen Unrechtsausschließungsgrund eigener Art, der mit dem Notstand garnichts zu tun hat, denn derselbe Grund der Straflosigkeit ist auch bei Fällen denkbar, die unmöglich Notstandsfälle sein können. Dies übersehen zu haben, ist ein Fehler der herrschenden Lehre.

Daraus geht hervor, daß der Grundgedanke, der in den Fällen des sogenannten „rechtfertigenden Notstandes" zur Erkenntnis des Mangels des Unrechts führt, keineswegs aus dem Ideenkreis des Notstandes stammt, sondern vielmehr einen Unrechtsausschließungsgrund ganz allgemeiner Art darstellt.

---

[51]) Vergleiche hierzu die Regelung im Gürtnerschen Entwurf und § 8 dieser Arbeit.

Der Gesetzgeber hätte hieraus die Folgerung zu ziehen, den Begriff des rechtfertigenden Notstandes aus dem Gesetz überhaupt verschwinden zu lassen. An seine Stelle könnte eine Vorschrift treten, die den entwickelten Unrechtausschließungsgrund in klarer Weise formuliert. Letzten Endes ist jedoch auch eine derartige Vorschrift entbehrlich, wenn nicht gar überflüssig, denn sie könnte genau genommen nur selbstverständliches, was sich, wie Zimmerl [52]) es ausdrückt, „logisch aus dem Sinngehalt des Rechts ableiten läßt", besagen.

Militärstrafrecht:

Es ist nun noch auf das Militärstrafrecht als Sonderstrafrecht einzugehen und zu prüfen, inwieweit unser Prinzip auf diesem Gebiet Anwendung findet.

Das Militärstrafgesetzbuch ist kein selbständiges, in sich geschlossenes Gesetz, sondern ein Sondergesetz, das auf die Besonderheiten des militärischen Lebens zugeschnitten ist, im übrigen jedoch den Lehren des allgemeinen Strafrechts folgt. Das allgemeine Strafrecht muß demnach zur Ergänzung immer dann herangezogen werden, „wenn das MStGB entweder überhaupt keine Bestimmungen enthält oder wo es sich direkt oder stillschweigend auf dieselben bezieht." [53]). § 2 MStGB sagt: „Diejenigen Bestimmungen, welche nach den Vorschriften des deutschen StGB in Beziehung auf Verbrechen und Vergehen allgemein gelten, finden auf militärische Verbrechen und Vergehen entsprechende Anwendung."

Da das Militärstrafrecht keine besonderen Bestimmungen über Notwehr und Notstand enthält, haben demnach die Bestimmungen des allgemeinen Strafgesetzbuches entsprechende Anwendung zu finden. Mit den Worten „entsprechende Anwendung" ist aber besagt, daß die allgemeinen Bestimmungen nur insoweit herangezogen werden dürfen, als dies mit den besonderen Bedürfnissen der Wehrmacht, insbesondere mit den Belangen der militärischen Manneszucht vereinbar ist [54]).

Danach finden die Notwehrbestimmungen des allgemeinen Strafrechts auch im Militärstrafrecht Anwendung, jedoch nur mit den Einschränkungen, die durch militärische Gesichtspunkte bedingt sind. So ist es im Wehrrecht nicht, wie nach § 53 StGB, gleichgültig, wer

[52]) Zimmerl: Arbeitsmethode, Seite 308.
[53]) RG 10. 332.
[54]) vergl. Schwinge, a. a. O., Seite 20.

der Angreifer ist. Geht der Angriff von einem Vorgesetzten aus, so wird der Soldat mit Rücksicht auf die militärische Disziplin nur in seltenen Fällen zur Gegenwehr greifen dürfen, zumal es für ihn andere Mittel und Wege gibt (z. B. Beschwerde), seine Interessen zu wahren. Eine Rolle spielt weiterhin, ob der Angriff während des Dienstes oder außerdienstlich geschieht. Wenn die Gegenwehr im Dienst stattfindet, so wird eine Rechtfertigung durch Notwehr zwar nicht gänzlich ausgeschlossen sein, sie wird jedoch nur in seltenen Fällen Platz greifen, da die zu stellenden Anforderungen außerordentlich streng sein müssen [55]). Weiterhin wird stets zu prüfen sein, ob dem Angegriffenen nicht andere Mittel zur Abwehr zur Verfügung standen.

Das Notwehrrecht kann im Wehrrecht demnach mit Rücksicht auf die Aufrechterhaltung der Mannészucht und militärischen Ordnung nur in verhältnismäßig wenigen Fällen Anerkennung finden. Nur dann ist eine Notwehrhandlung gerechtfertigt, wenn sie mit der militärischen Zucht und Ordnung verträglich ist, wenn sie sich als eine Handlung darstellt, deren Ziel unter den militärischen Gesichtspunkten zu billigen und die auch in der Art ihrer Durchführung keiner Beanstandung ausgesetzt ist. So hat das RG z. B. Notwehr in einem Falle angenommen [56]), in dem ein Unteroffizier der Braut eines Gefreiten die Handtasche wegnahm, um sie zu zwingen, sich mit ihm zu treffen.

Sowohl die Anwendung des rechtfertigenden wie auch des entschuldigenden Notstandes im Sinne des § 54 StGB finden ihre Grenzen durch § 49 I MStGB. Es ist Pflicht jedes Wehrmachtsangehörigen sich bedingungslos ohne Rücksichtnahme auf seine Person für sein Volk und Vaterland einzusetzen. Selbstverleugnung und heroischer Mut sind die vornehmsten und höchsten Pflichten jedes Soldaten. „Damit sind die §§ 52 und 54 StGB für das militärische Leben nahezu zur Bedeutungslosigkeit herabgedrückt, denn das treibende Motiv ist bei ihnen die Furcht vor persönlicher Gefahr." [57]) Wer entgegen seiner militärischen Pflicht eine strafbare Handlung begeht, um damit sein Leben zu retten, darf sich nicht auf Notstand berufen können.

Auch der übergesetzliche Notstand spielt im militärischen Strafrecht nur eine untergeordnete Rolle, da er dem § 49 II MStGB wi-

---

[55]) so auch E. Schmidt: Militärstrafrecht, S. 15.
[56]) RG 69. 265.
[57]) Schwinge, a. a. O., S. 113.

derspricht und sich darüberhinaus mit der Manneszucht nicht vereinbaren läßt.

Soweit die Vorschriften über Notwehr und Notstand unter Berücksichtigung der militärischen Notwendigkeiten im Militärstrafrecht Anwendung finden, gilt für das Prinzip der Güterabwägung dasselbe, wie im zivilen Strafrecht.

Darüberhinaus gibt es noch einige Rechtfertigungsgründe des Militärstrafrechts und zwar die §§ 124, 130 MStGB. Es bleibt in unserem Zusammenhang zu untersuchen, inwieweit das Prinzip der Güterabwägung hierbei Anwendung findet.

§ 124 MStGB gibt zwei Rechtfertigungsgründe für Fälle äußerster Not und dringendster Gefahr [58]).

1. Abwehr tätlicher Angriffe Untergebener:

Dieses Recht des § 124 I MStGB unterscheidet sich von § 53 StGB dadurch, daß es teils enger und teils weiter ist. § 124 MStGB ist auf Angriffe gegen den Körper des Vorgesetzten beschränkt. Weiter wird keine „Erforderlichkeit der Verteidigung" verlangt. Der Vorgesetzte ist berechtigt, beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 124 MStGB, wenn er sich z. B. auf andere Weise nicht durchzusetzen vermag, den Untergegebenen straflos zu töten [59]). Zutreffend sagt Guth [60]), daß es gleichgültig sei, ob der Angreifer selbst bewaffnet ist oder ob er dem Vorgesetzten an Stärke überlegen ist. Das Notrecht des Vorgesetzten ist hiervon nicht abhängig.

2. Erzwingung des Gehorsams:

Der Vorgesetzte kann in Ermangelung anderer Mittel gegen den tätlich sich im widersetzenden Untergebenen von der Waffe Gebrauch machen, um den notwendigen Gehorsam zu erhalten.

Diese Regelung des § 124 MStGB ist zu billigen, denn es ist erforderlich, daß zur Aufrechterhaltung der militärischen Manneszucht, ohne die ein militärisches Leben undenkbar ist, jedes Mittel ohne Rücksicht auf das zu verletzende Rechtsgut — das Leben und die

[58]) vergl. hierzu Schwinge zu § 124.
[59]) Guht, a. a. O., Seite 61.
[60]) a. a. O., Seite 56.

Gesundheit des Untergebenen — recht ist. Die Gehorsamsleistung ist wichtiger als die Interessen des Einzelnen.

Fraglich ist, inwieweit das Prinzip der Güterabwägung Berücksichtigung gefunden hat. Daß das Prinzip gänzlich unbeachtet geblieben ist, kann man nicht sagen. Es findet u. E. im gewissen Sinne Anwendung. Der Bestand der Wehrmacht ist für den Staat lebensnotwendig, da sie eine wichtige außenpolitische Stütze bildet. Dieser Bestand kann durch Gehorsamsverweigerungen in dringenden Fällen gefährdet werden. Um dies zu verhindern, ist jedes Mittel recht ohne Rücksicht darauf, welche Rechtsgüter durch die Abwendung der drohenden Gefahr verletzt werden. Demnach findet in § 124 MStGB eine Güterabwägung dergestalt statt, daß gegenüber der Erhaltung der Wehrmacht, die dem Bestande des Staates dient, alle Rechtsgüter, selbst das Leben des einzelnen Soldaten zurückzutreten haben.

Weiterhin interessiert in diesem Zusammenhang § 130 MStGB, der Ausnahmen vom Begriff der Plünderung macht. Als Plünderung soll es nicht anzusehen sein, wenn sich die Aneignung unter Benutzung des Kriegsschreckens oder unter Mißbrauch der militärischen Überlegenheit nur auf Lebensmittel, Heilmittel, Bekleidungsgegenstände, Fourage oder Transportmittel erstreckt und nicht außer Verhältnis zu dem vorhandenen Bedürfnis steht.

Die Abwägung, ob die Entnahme außer Verhältnis zu dem Bedürfnis steht, kann unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Kriegsrechts nur eine grobe sein [61]).

Unzweifelhaft enthält § 130 MStGB ein Notrecht [62]). Diese Vorschrift dient der Erhaltung der Kampfkraft der Truppe in Kriegszeiten und „trägt dem Satze „Not kennt kein Gebot" Rechnung." [63]) Sie geht davon aus, daß die Bedürfnisse des Heeres allen anderen Interessen vorzugehen haben, da von ihnen der Bestand des Staates und in Kriegszeiten das Leben des ganzen Volkes abhängt. Es fehlt an einem Rechtsgut, das eines höheren Schutzes bedarf als der Bestand des Staates, den zu erhalten höchste Aufgabe des Heeres ist. Nur in diesem Sinne kann man bei § 130, ebenso wie bei § 124 MStGB von einer Güterabwägung sprechen, nämlich, daß das Leben des Volkes allem anderen vorgeht und dieses Leben nur gewährleistet werden kann, wenn die bewaffnete Macht ihre Schlagkraft behält, wozu § 130 MStGB beitragen soll.

---

[61]) Siegert, a. a. O., Seite 18.
[62]) vergl. Schwinge zu § 130 und E. Schmidt, Seite 49.
[63]) Schwinge, a. a. O.

§ 7.

Auseinandersetzung mit der Lehre Schaffsteins, „Das Verbrechen eine Pflichtverletzung".

Das Wesen der Güterabwägung besteht, wie wir bereits festgestellt haben [1]), in dem Vergleich verschiedener, gefährdeter Rechtsgüter. In unseren bisherigen Ausführungen sind wir im Anschluß an die überkommenen dogmatischen Grundlagen des Strafrechts davon ausgegangen, daß der Täter einer strafbaren Handlung eine Rechtsgutsverletzung begeht. Unsere Ausführungen über die Güterabwägung wären lückenhaft, wenn eine Auseinandersetzung mit einer modernen, besonders von der sogenannten Kieler Richtung [2]) vertretenen Lehre unterbliebe. Diese Lehre sieht das Wesen des Verbrechens nicht mehr in einer Rechtsgutsverletzung, sondern in der Pflichtwidrigkeit und muß somit folgerichtig das Güterabwägungsprinzip ablehnen.

Schaffstein [3]) sieht als notwendige Voraussetzung einer nationalsozialistischen Rechtserneuerung die Abwendung von den abstrakten Allgemeinbegriffen an, zu denen er neben anderen auch den Begriff „Rechtsgut" zählt. Diese Lehre leugnet nicht, daß es eine wesentliche Aufgabe des Strafrechts sei, gewisse für die Gemeinschaft bedeutsame Werte zu schützen; es wird jedoch bestritten, daß der Rechtsgüterschutz das einzige Leitmotiv des Strafgesetzgebers bei der Tatbestandsbildung sei, vielmehr sehe sich dieser einer Vielheit widerstreitender Interessen gegenüber, die er in Einklang zu bringen suche [4]). Nach Schaffstein [5]) stellt sich die Auffassung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung als ein „charakteristisches Produkt der Staatsideologie des klassischen Liberalismus dar." Es werde eine Anschauung vom Staat vorausgesetzt, die diesen auf die negative Tätigkeit des Schutzes der individuellen Freiheitssphäre beschränkt. „Diese Auffassung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung stellt ihrem in-

---

[1]) Vergleiche Seite 28 dieser Arbeit.
[2]) Dahm und Schaffstein.
[3]) Das Verbrechen eine Pflichtsverletzung.
[4]) Dahm: Monatsschrift für Krim.Psych. 1931. 766. Ebenso Schaffstein: Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. Seite 13.
[5]) Verbrechen als Pflichtverletzung, Seite 9.

neren Gehalt nach nichts weiter dar als eine Abwandlung von der naturrechtlich-aufklärerischen Auffassung des Verbrechens als Verletzung irgendeines subjektiven Rechts." Der Entwicklung des Rechtsgutsbegriffes macht Schaffstein zum Vorwurf, daß besonders das letzte Stadium dieser Entwicklung durch eine „zunehmende Verflüchtigung und Vergeistigung dieses Begriffes" gekennzeichnet sei. Den Grund für die große Abstraktion des Begriffes sieht er darin, daß der Rechtsgutsbegriff, der nur für die Delikte gegen die Individualsphäre zugeschnitten war und deshalb für alle anderen Verbrechen „eine begriffliche Zwangsjacke" bedeutete [6]), um die methodischen Schwierigkeiten, die bei den anderen Verbrechen auftraten, zu überbrücken und dem Rechtsgutsbegriff Allgemeingültigkeit zu verschaffen, immer abstrakter formuliert wurde. Für besonders gefährlich sieht er die Formulierung von Honig [7]), der sich Schwinge [8]) [9]) angeschlossen hat, an, die den Begriff des Rechtsguts als „diejenige kategorische Synthese, mit welcher juristisches Denken Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze in komprimierter Form zu erfassen bestrebt ist", definiert. „Sie (diese Formulierung) ermöglicht dem Gift der Aufklärungsideologie ein Eindringen in viele Ritzen und Spalten des Strafrechts, die es in einer kompakteren Form nicht hätte erreichen können." [10]).

Mit dieser Formulierung Honigs hätte sich der Rechtsgutsbegriff völlig von seinem Ausgangspunkt entfernt. Er hätte „die erstrebte Allgemeingültigkeit für alle Delikte mit einem Höchstmaß von Abstraktion bezahlt und seinen Wortsinn mit dem Begriffsinhalt in einen Widerspruch gebracht, der schon für sich allein den Widerstand, der sich heute gegen die Rechtsgutlehre regt, herausfordern mußte." [11]).

Der Rechtsgutsbegriff soll nach Schaffstein nur zur Erfassung von

---

[6]) Verbrechen als Pflichtverletzung, Seite 15.
[7]) Einwilligung des Verletzten 94.
[8]) Teleologische Begriffsbildung 31.
[9]) Es sei an dieser Stelle kurz auf den Streit zwischen Schwinge und Schaffstein über den Begriff „Rechtsgut" eingegangen. Diese Meinungsverschiedenheit beruht nur darauf, daß Schaffstein diesen Begriff enger faßt als Schwinge. Schaffstein setzt Rechtsgut = Erfolg, während Schwinge dem Rechtsgutbegriff eine bedeutend weitere Fassung gibt. Außer dem Erfolg umfaßt dieser Begriff nach Schwinge auch alle Zweckmäßigkeitserwägungen, die zur Aufstellung des Rechtsgutsbegriffs geführt haben. Dies übersieht Schaffstein, sodaß seine Angriffe, die er gegen Schwinge erhebt, auf diesem Gegensatz beruhen und nicht zu Recht bestehen, da sie den Schwingeschen Gedankengängen nicht gerecht werden, sondern von einer viel enger gefaßten Voraussetzung ausgehen.
[10]) Deutsches Strafrecht 1935. 101.
[11]) Verbrechen als Pflichtverletzung. 14.

Verletzungen von Leben, Freiheit, Eigentum und Vermögen geeignet sein. Die Verallgemeinerung dieses Gedankens nötigte dann dazu, alle Straftaten unter diesen Gesichtspunkt zu bringen und den Versuch, diesen Begriff auch für die Delikte anwendbar zu machen, die sich gegen die Gesamtheit richten, führte zu einer dauernden Ausweitung.

Schaffstein behauptet weiter, daß im „nationalsozialistischen Strafrecht die Rechtsgüterschutztheorie die systematischen und methodischen Funktionen nicht mehr erfüllen kann, die ihr Aufklärung und Liberalismus zuerkannt haben." Er versucht diese Behauptung durch Schlüsse, die er zieht, zu beweisen [12]). Die Rechtsgutslehre soll sich im Bereiche der Strafrechtswissenschaft als „Quelle von Trennungen und Zerreißungen" erweisen. Jene rationalistische Deutung des Verbrechens und der Strafrechtsfunktion gehe aus von der obersten Trennung von Recht und Sittlichkeit, von strafrechtlicher und ethischer Wertung. „Die Rechtsgutsverletzung aber sei objektiver Natur, wie es nach aufklärerischer Auffassung gerade das Wesen des Rechts ausmache, daß es nur das äußere Zusammenleben der Menschen regeln wolle und deshalb an objektive Begebenheiten anknüpfe. Das nationalsozialistische Strafrecht bringe die Trennung von strafrechtlicher und sittlicher Bewertung in Wegfall, indem es „den Willen als den in der Volksmoral wurzelnden tiefsten Grund alles Strafens auffaßt."[13])

Da nach Schaffstein ein neues Strafrecht nach der Gemeinschaft ausgerichtet sein soll, könne es die Konstruktion des Rechtsgutsbegriffs nicht anerkennen, weil für dieses Strafrecht eine Individualsphäre nicht bestehe. Es genüge nicht [14]) das Gewicht von den Rechtsgutsverletzungen des Einzelnen auf die Gesamtheit zu verlegen, denn eine solche Gewichtsverlegung umfasse notwendig das Bestreben eine n e u e Begriffsbestimmung des Verbrechens zu suchen.

In seiner Schrift „Verbrechen als Pflichtverletzung" führt Schaffstein auf Seite 29 aus, daß die strafrechtsdogmatische Bedeutung der Auffassung jedes Verbrechens als Pflichtverletzung in den allgemeinen Lehren vom Verbrechen zum Ausdruck komme. Die Aufspaltung des Verbrechens in drei Elemente: Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld gehe aus von der Auffassung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung. Das gelte zunächst für die Zweiteilung der Tatbestandsmäßigkeit und der Rechtswidrigkeit wie sie im Regel-Ausnahmeverhältnis von Strafandrohungstatbeständen und Unrechts-

[12]) Deutsches Strafrecht 1935. 101.
[13]) Deutsches Strafrecht 1935. 102.
[14]) Verbrechen als Pflichtverletzung. 10.

ausschließungsgründen zum Ausdruck komme. Denn nur wenn man den Unrechtsgehalt einer Tat in der Rechtsgutsverletzung sehe, werde eine Berichtigung in denjenigen Fällen erforderlich, in denen sie trotz „an sich" erfolgter Rechtsgutsverletzung nicht als rechtswidrig erscheine. Er stellt dann fest, daß das Regel-Ausnahmeverhältnis von Strafandrohungstatbeständen und Unrechtsausschließungsgründen und die sich daraus ergebenden Absurditäten („an sich" begehe z. B. der Scharfrichter zunächst einmal einen Mord) hinfällig werden, sobald der Unrechtsgehalt einer Tat primär in der Pflichtverletzung des Täters gesehen werde.

Die Lehre Schaffsteins, die das Wesen des Verbrechens nicht mehr in der Rechtsgutsverletzung, sondern in der Pflichtwidrigkeit sieht, muß als eine Revolutionierung des Strafrechts angesehen werden. Schaffstein selbst sagt (Seite 7), daß das Ziel dieser Lehre „die völlige Revolutionierung der inneren Struktur und damit auch der Begriffswelt des Strafrechts" wäre. Wenn er an anderen Stellen [15]) der Ansicht ist, daß es sich bei dem Gedanken, die Pflichtverletzung an die Stelle der Rechtsgutsverletzung zu setzen, nur um eine „Akzentverlagerung" handele, so ist man geneigt, darin den Versuch einer Einschränkung und Milderung der vorgetragenen Lehren zu erblicken. Macht man sich jedoch die praktischen Folgen dieser Lehre klar, so kommt man zu dem Ergebnis, daß es sich nicht nur um die Verlagerung des Akzentes, sondern des Schwergewichtes des gesamten Strafrechts handelt [16]). Diese Lehre Schaffsteins von der Pflichtverletzung hätte von Nutzen sein können, wenn sie auf die herrschende Lehre aufgebaut worden wäre. Der Hinweis, daß der Unwertgehalt mancher Straftaten gesteigert werden kann, wenn sie nicht nur ein bestimmtes Rechtsgut verletzen, sondern darüberhinaus gegen eine von der Rechtsordnung anerkannte Gemeinschaftsordnung verstoßen, hätte fruchtbar sein können [17]). Besonders die Gegenüberstellung des einfachen und des Kameradendiebstahls zeigt, daß letzterer einen höheren Unwertgehalt aufweist.

Wenn jedoch, wie Schaffstein meint, die Pflichtverletzung nicht eine Ergänzung, sondern ein Ersatz der Auffassung des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung sein soll und „das rechtliche Unwerturteil nur auf die Verletzung der besonderen Pflichten einer konkreten Gemeinschaft gegenüber, in welcher der Täter steht, bezogen werden

[15]) z. B. Seite 21. 22.

[16]) Klee: Deutsches Strafrecht 1936. 1: Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung.

[17]) vergl. hierzu Schwinge-Zimmerl: Seite 53 ff.

soll," so führt sie zu einer Einseitigkeit, die wichtige Gesichtspunkte völlig außer acht läßt. Dann ist der Kameradendiebstahl kein qualifizierter Diebstahl mehr und dann kann ein außerhalb der Gemeinschaft Stehender, der an der Tat teilnimmt, nicht mehr erfaßt werden. Wenn eine Zivilperson an der Verletzung militärischer Pflichten durch einen Soldaten beteiligt ist, kann sie nicht mehr bestraft werden, denn die militärischen Pflichten des Soldaten haben für sie keine Gültigkeit. Wenn man dagegen die Rechtsgüterverletzung als Grundlage des rechtlichen Unwerturteils ansieht, so ergibt sich daraus, daß auch eine Zivilperson, die an einem militärischen Delikt beteiligt ist, strafbar ist. Hierbei wäre höchstens die Frage zu prüfen, ob man die Zivilperson, die ja keine besonderen Pflichten verletzt, nicht milder bestrafen kann.

Wie vorstehend des Näheren ausgeführt, sieht Schaffstein in allen Delikten in erster Linie „eine Verletzung der Pflichten gegen die Volksgemeinschaft" und die Abstufung der Strafandrohungen nach dem Wert des verletzten Angriffsobjekts beruht auf einer verschiedenen Bewertung der durch die Tat begangenen Pflichtverletzung.

Der Ansicht der Kieler Richtung kann nicht zugestimmt werden. Das Verhältnis ist gerade umgekehrt, wie Schaffstein annimmt. Im Vordergrund steht für den Strafgesetzgeber seit altersher die verschieden große Schutzbedürftigkeit der von ihm als Werte zu schützenden Angriffsobjekte und erst aus dieser Verschiedenheit der Werte ergibt sich eine Abstufung auch der mit dem Angriff verbundenen Pflichtverletzung. Klee [18]) sieht den Fehler mit Recht darin, daß Schaffstein von der Pflichtverletzung ausgeht, statt von der „Verletzung des Schutzwertes", d. h. von dem Rechtsgut. Eine strafrechtlich bedeutsame Pflichtverletzung, die nicht auch Verletzung eines Schutzwertes, also eines Rechtsgutes ist, ist schlecht vorstellbar. Einer solchen Pflichtverletzung würde die Grundlage fehlen, sie würde in der Luft schweben, da es unmöglich ist, sich den Begriff der Pflichtverletzung ohne Beziehung auf den verletzten Schutzwert vorzustellen. „Die Kieler Schule stellt", wie Klee sich ausdrückt [19]), „hier die Dinge ebenso auf den Kopf wie in der Lehre von dem Primat der Schuld vor der Rechtswidrigkeit." Als Beweis für eine von der Rechtswidrigkeit unabhängige Schuld bringt Schaffstein [20]) das Beispiel des untauglichen Versuchs, durch den kein Rechtsgut gefährdet oder verletzt werden soll. Richtig ist, daß hier der Angriff auf

[18]) Deutsches Strafrecht 1936. 2.
[19]) a. a. O., Seite 2.
[20]) Deutsches Strafrecht 1935. 102.

die Friedensordnung bestraft wird, also eine abstrakte Gefährdung eines Rechtsguts, aber dieser Angriff kann nicht gedacht werden ohne die Beziehung auf die Güter, die verletzt worden wären, hätte es sich um einen tauglichen Versuch gehandelt [21]). Das Strafgesetz hätte kein Interesse daran, in einem derartigen Falle einen Pflichtvergessenen zu bestrafen, wenn nicht hinter dieser Pflichtverletzung die Verletzung von Rechtsgütern drohen würde [22]).

Es erscheint uns verfehlt, den Schwerpunkt allen Verbrechens auf den Pflichtverletzungsgedanken zu verlegen. Dieser Gesichtspunkt ist genau so wenig prägnant, abgesehen selbstverständlich von bestimmten Deliktsgruppen, bei denen es sich um die Verletzung besonderer Treupflichten oder einer Berufspflicht — z. B. die Amtsdelikte — u. ä. handelt. Letzten Endes liegt in jedem Delikt eine gewisse Pflichtverletzung, aber in dieser Allgemeinheit fehlt diesem Gedankengang der konstruktive Wert; man kommt praktisch damit nicht weiter.

Gegen den Rechtsgutsbegriff ist, besonders von Kempermann [23]) eingewendet worden, daß er nicht für jeden Rechtssatz passe. Als Beispiel wird die moderne Strafbestimmung über den Tierschutz angeführt. Hier handele es sich nicht mehr um den Schutz eines Rechtsguts, sondern durch diese Tierschutzbestimmung werde eine Kulturidee geschützt, denn es sei unmöglich in dieser Bestimmung einen Nutzen, weder für den Einzelnen noch für das Volk und den Staat zu sehen. Dieser Angriff Kempermanns geschieht nicht zu recht, denn man kann es nicht auf den Nutzen für den Staat oder den Einzelnen abstellen. Es wird z. B. auch das „religiöse Gefühl" geschützt, ohne daß hieraus für jemanden ein Nutzen entsteht. Dieser Schutz geht über den Schutz des religiösen Gefühls des Einzelnen als Rechtsgut hinaus. Es wird das religiöse Gefühl generell geschützt, nicht erst dann, wie früher, wenn ein Einzelner sich verletzt fühlt und Anstoß nimmt. Ebenso ist es mit der Tierschutzbestimmung. Es wird nicht der Einzelne geschützt, der sich durch eine Tiermißhandlung verletzt fühlt, sondern bestraft wird die Mißhandlung des Tieres a n s i c h. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß das Schutzinteresse in Wirklichkeit das Interesse der Allgemeinheit an vernünftiger Behandlung der Tiere ist, daß die rohe Gesinnung bestraft wird, der der anständige Mensch verständnislos gegenübersteht und die er ver-

---

[21]) Klee, a. a. O., Seite 3.

[22]) Ähnlich Frh. v. Gemmingen, der die Gefährlichkeit des untauglichen Versuchs in der Erschütterung des Vertrauens sieht.

[23]) Die Erkenntnis des Verbrechens und seiner Elemente. Seite 13 ff.

abscheut. Der Fehler der Ansicht Kempermanns liegt darin, daß er den Begriff des Rechtsguts in einen viel zu engen Rahmen drängt. Es muß Klee zugestimmt werden, wenn er sagt, daß nur „die richtig verstandene, von der Beziehung auf das individuelle Rechtsgut losgelöste Lehre von dem Wesen des Verbrechens als Rechtsgutsverletzung ist, historisch betrachtet, ein Fortschritt in der Auffassung des Verbrechensbegriffs". Nur im Anschluß an den Schutzgedanken kann der Pflichtverletzungslehre Existenzberechtigung zugebilligt werden." Die Rechtsverletzung wurde durch die französische Revolution in den Mittelpunkt des Strafrechts gestellt. Die Aufklärung überspannte diesen Gedanken. Es geht jedoch nicht an, in der heutigen Zeit, die den Gemeinschaftsgedanken in den Vordergrund stellt, die damalige Zeit nach heutigen Gesichtspunkten zu bemessen und dann von einem überspitzten Individualismus zu sprechen, wie es Schaffstein tut, wenn er den Rechtsgutsverletzungsgedanken als ein „verwerfliches Ergebnis der Aufklärung und des Liberalismus" bezeichnet, sondern man muß derartige Entwicklungen aus ihrer Zeit heraus betrachten. Interessant wäre es, einmal zu untersuchen, welchen Einfluß der Liberalismus auf das Strafrecht gehabt hat. Leider ist dies im gegebenen Zusammenhang nicht möglich, da eine derartige Untersuchung weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde. Die französische Revolution schaffte die Freiheit auf rechtlichem Gebiet. Der Liberalismus verlangte, daß das staatliche Leben nur mit Einwilligung des Einzelnen vor sich gehen sollte. Daraus ergibt sich, daß der Staat sich darauf beschränken mußte, für den Rechtsschutz zu sorgen. Da man erkannte, daß man bestimmte Begriffe wie z. B. „Leben" nur schwer als subjektive Rechte bezeichnen konnte, ersetzte man den Begriff des Rechts durch den des Rechtsguts[24]). Selbstverständlich haftete man, wofür die Ausführungen Birnbaums[25]) ein gutes Beispiel bilden, völlig an einem individualistischen Rechtsgutsbegriff. Der Rechtsgutsbegriff hat sich vollkommen gewandelt. Wenn er ursprünglich „eine Aussage über das Substrat der Verbrechen" war, so „liegt in ihm heute nur noch ein Hinweis auf die Methode der strafrechtlichen Auslegung und Begriffsbildung — ein Unterschied, wie er gewaltiger nicht gedacht werden kann." [26])

Die Behauptung Schaffsteins, die Entfernung des Begriffs von seinem ursprünglichen Inhalt sei nur eine scheinbare[27]), läßt sich nicht

---

[24]) Birnbaum: Archiv für Kriminalrecht 1834. 149.
[25]) a. a. O., Seite 154.
[26]) Schwinge-Zimmerl: Seite 64.
[27]) Dt. StR. II 101.

aufrechterhalten; vielmehr ist gerade das Gegenteil zutreffend. Wenn die moderne Rechtsgutslehre den Richter anhält, bei der Rechtsanwendung den Sinn und Zweck des Tatbestandes und der Rechtsordnung allgemein zu beachten, „dient sie der Ausrichtung des Rechts am Gemeinschaftsgedanken mit dem Geiste des Nationalsozialismus." [28]) Es handelt sich nicht darum, das Rechtsgutsdenken im Strafrecht zu überwinden, sondern nur die individualistische Geisteshaltung, die früher dazu geführt hat, die Rechtsgutslehre auf eine falsche Bahn zu schicken.

Bei gewissen Verbrechen, z. B. der Blutschande, ist es nicht möglich, von bestimmten Rechsgütern als Schutzobjekten zu sprechen, weil die Beziehung auf individuelle Rechte fehlt, wie Klee [29]) richtig bemerkt. Deshalb hat die Lehre dazu geführt, in derartigen Fällen statt des Rechtsguts das „staatliche Interesse" und bei Individualdelikten das „Interesse des Einzelnen" als unmittelbares, das staatliche Interesse als mittelbares herauszustellen [30]). Wenn man den Rechtsgutsbegriff seines individualistischen Inhalts entkleidet, steht nichts im Wege, das Interesse der Volksgemeinschaft an der Erhaltung eines Wertes oder diesen Wert selbst als Rechtsgut anzusehen. Der Unterschied in der Auffassung des Verbrechens liegt darin, ob man das Dasein des Einzelnen oder der Gesamtheit in den Mittelpunkt stellt. Im nationalsozialistischen Strafrecht geziemt, daran besteht kein Zweifel, der Gesamtheit der Vorrang. Ein bedeutender Fortschritt war in dem Augenblick gewonnen, als man erkannte, daß mit jeder Verletzung eines Rechtsgutes auch das Interesse der Gesamtheit mitverletzt wird.

Schaffstein bekämpft die Rechtsgutslehre weiterhin mit dem Vorwurf des Materialismus, indem er behauptet, den Worten „Rechtsgut", „Interesse" und „Zweck" sei eine materialistische Färbung eigen [31]). Dieser Einwand ist jedoch nicht stichhaltig und wird schon durch den Sprachgebrauch entkräftigt, darüber hinaus ist in der Literatur häufig betont worden, daß von dem Rechtsgutsbegriff auch ideelle Interessen mitumfaßt werden [32]).

Für den Nachweis der Fehlerhaftigkeit des Rechtsgutsgedankens zieht Schaffstein weiterhin den Streit zwischen objektiver und subjektiver Meineidstheorie heran. Wenn der Unrechtsgehalt des Mein-

---

[28]) Schwinge-Zimmerl: Seite 64.
[29]) Deutsches Strafrecht 1936. 12.
[30]) Frank: Kommentar, Seite 7.
[31]) Problematik, Seite 11.
[32]) z. B. v. Bar, Gesetz und Schuld I, Seite 22 ff.

eides in einer Rechtsgutsverletzung liege, dann sei die Verwirklichung des Meineidstatbestandes bei Leistung eines objektiv zwar richtigen, subjektiv aber falschen Eides abzulehnen, da eine Verletzung nicht eingetreten sei. Der Fehler liegt hierbei wieder darin, daß Schaffstein davon ausgeht, daß nach der Rechtsgutslehre alle Verbrechen sich gegen objektiv Gegebenes richten müssen, während verkannt wird, daß die Frage nach dem geschützten Rechtsgut mit der Frage nach dem Zweck der Strafvorschrift gleichbedeutend ist [33]).

Berges [34]) hat Recht, wenn er sagt, daß der Rechtsgutsbegriff trotz seines individualistischen Ursprungs auch heute nicht überholt ist. Der Definition von Honig und Schwinge nach der der Begriff des Rechtsguts als „diejenige kategoriale Synthese, mit welcher juristisches Denchen Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze in komprimierter Form zu erfassen bestrebt ist", kann heute, in einer Zeit, in der ein volksnahes Recht angestrebt wird, darin ist Schaffstein zuzustimmen, in ihrer Abstraktheit nicht mehr Beifall finden. Der moderne Rechtsgutsbegriff muß einen politischen, „gemeinschaftsbezogenen" — wie v. Gemmingen sich ausdrückt — Inhalt haben, im Gegensatz zum individualistischen Inhalt, den er in der vergangenen Zeit hatte. In der vornationalsozialistischen Zeit bestand des öfteren der Wunsch, die Interessen des Einzelnen in den Vordergrund zu rücken, sodaß in der Praxis gelegentlich individualistische Maßstäbe entscheidend gewesen sind. Diese Tendenz gehört jedoch jetzt der Vergangenheit an. Die Gemeinschaft gilt durch jede Tat mitverletzt und jede Interessenkollision wird unter dem Leitsatz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" bewertet. Der alte individualistische Rechtsgutsbegriff ist endgültig durch einen sozialistischen abgelöst worden [35]). Letzten Endes hält auch Freisler [36]) am Rechtsgutsgedanken fest, wenn er sagt, daß es nur ein schutzfähiges Gut, das Leben des Volkes, gibt und daß der Schutz der Rechtsgüter nur deshalb geschieht, weil sie Erscheinungsformen dieses schutzwürdigen Volkslebens sind. Auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat dem Rechnung getragen. In einem Urteil vom 13. August 1936 [37]) heißt es, „daß jede Strafvorschrift in erster Reihe dem Schutze des gesamten Volkes dient." In einer anderen Entscheidung [38]) führt der erkennende Senat aus, daß die öffentlichen Interessen, und insbeson-

[33]) vergl. Schwinge-Zimmerl, Seite 68.
[34]) Zum Rechtswidrigkeitsbegriff eines völkischen Strafrechts in Deutsches Strafrecht 1935. 445.
[35]) so auch Klee: a. a. O., Seite 16; Schwinge-Zimmerl: Seite 73.
[36]) Deutsches Strafrecht 1934. 6.
[37]) RG 70. 282.
[38]) RG 70. 146.

dere die der Volksgesamtheit, vor den Interessen der Einzelpersonen unbedingt den Vorzug haben.

Das Verdienst Schaffsteins besteht darin, darauf hingewiesen zu haben, daß der Pflichtverletzungsgedanke im nationalsozialistischen Strafrecht eine größere Rolle spielt als bisher. Es ist aber nicht zulässig, auf ihm das gesamte Strafrecht aufzubauen. Man kann die Pflichtverletzung nicht zum Kernpunkt des Verbrechens machen. „Dies ist ein Abweg. Grundlage des Strafschutzes muß die Wertskala der schützten Lebensinteressen der Gesamtheit bleiben." [39]) Eine fortschrittliche Bedeutung kann dem Gedanken der Pflichtverletzung nur insoweit zugesprochen werden, als innerhalb des Rahmens des Strafschutzes einer bestimmten Wertgruppe der von dem Pflichtenkreis des Täters substantiell und quantitativ abhängige Grad der Pflichtverletzung für die Höhe der Strafe von Bedeutung ist.

Wir sind zu dem Ergebnis gekommen, daß der alte individualistische Rechtsgutsbegriff für die heutige Zeit nicht mehr paßt, daß er vielmehr durch einen sozialen, gemeinschaftsbezogenen Rechtsgutsbegriff zu ersetzen ist. Dieser aber, und nicht der Pflichtverletzungsgedanke, ist auch künftig als Kernpunkt des Verbrechens anzusehen.

---

[39]) Klee, a. a. O., Seite 14.

§ 8.

Der amtliche Entwurf:

1. Allgemeines:

Die Untersuchungen über das Güterabwägungsprinzip würden unvollständig sein, wenn eine Darstellung des Standpunktes, den der Gürtnersche Entwurf eines kommenden deutschen Strafrechts einnimmt, fehlen würde [1]).

Der Entwurf davon aus, daß Recht ist, was dem Leben der Volksgemeinschaft dient, während rechtswidrig dementsprechend jedes Handeln ist, das in Widerspruch mit den Lebensinteressen der Gesamtheit steht [2]). Wer in Notwehr ein fremdes Rechtsgut verletzt, handelt nicht deshalb rechtmäßig, weil der Staat ausnahmsweise eine Konzession an die Individualität macht, sondern deshalb, weil er der Erhaltung des Gesamtinteresses dient, wenn der Angriff auf die Lebensinteressen des Ganzen bei Abwesenheit des staatlichen Schutzes von dem Träger eines Teils dieser Lebensbedingungen zurückgewiesen wird. [3]).

2. Notwehr:

Besondere Aufmerksamkeit widmete die Kommission der Frage des Mißbrauchs des Notwehrrechts durch unzulässige Ausübung. Es wurde abgelehnt, den Gedanken der Güterabwägung heranzuziehen, d. h. zu verlangen, daß der von der Verteidigung zu erwartende Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angriff drohenden Schaden steht [4]). Der Hauptgrund für die Ablehnung des Güter-

---

[1]) Vergl. den Aufsatz Klee: Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in „Das kommende deutsche Strafrecht", II. Auflage, Seite 75 ff.

[2]) Reichsminister Frick sagte auf dem Juristentag 1934: „Recht ist, was dem deutschem Volke nützt, Unrecht ist, was ihm schadet." Eine Formulierung, die den zugrundeliegenden Gedanken äußerst kraß zum Ausdruck bringt.

[3]) Klee: Seite 74.

[4]) Das Güterabwägungsprinzip wird im Entwurf 1927, § 24 vertreten: „... der von der Verteidigung zu erwartende Schaden nicht außer Verhältnis zu dem durch den Angriff drohenden Schaden steht."

Der Entwurf 1925 sagt, daß man sich gegen einen Angriff „in einer den Umständen angemessenen Weise verteidige." Dieser Fassung kann wegen ihrer Weite nicht beigestimmt werden.

abwägungsprinzips war für die Kommission, daß bei Anwendung dieses Prinzips schwere Angriffe auf das Vermögen, namentlich wenn sie von Berufsverbrechern ausgehen, nicht mit ausreichender Schärfe zurückgewiesen werden könnten und die Gefahr bestünde, daß der Rechtsgüterschutz Not litte. „Es muß aber nach wie vor erlaubt sein, dem Räuber und dem Einbrecher, wenn andere Abwehrmittel versagen würden, niederzuschießen[5]).

Wenn grundsätzlich auch für die Verteidigungsmittel die Intensität des Angriffs maßgeblich sein soll, so hält der Entwurf diesen Gesichtspunkt doch nicht in allen Fällen für entscheidend. Es darf nicht ein Menschenleben vernichtet werden, um einen geringwertigen Vermögensgegenstand zu retten. In derartigen Fällen, ebenso bei Angriffen, die von Geisteskranken und Kindern ausgehen, verbietet die gesunde Volksanschauung die Anwendung der äußersten Mittel.

Nach der II. Lesung gab die Kommission dem Notwehrparagraphen folgende Fassung: [6])

„Wer Notwehr übt, handelt recht.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, die nach gesundem Volksempfinden erforderlich ist und ausgeübt wird, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden."

Die Erforderlichkeit der Verteidigung wird abhängig gemacht von dem „gesundem Volksempfinden" [7]). Dadurch ist eine Bestrafung in den Fällen möglich, in denen zwar formell eine Notwehrlage gegeben ist, in denen aber jeder „gesund und anständig denkende Mensch" [8]) ein Notwehrrecht nicht beanspruchen würde. Der Täter kann sich in derartigen Fällen überhaupt nicht auf Notwehr berufen.

Der Kerrlsche Entwurf [9]) tritt ebenfalls für die Einschränkung des Notwehrrechts ein. „Eine Vernichtung wertvoller Güter durch eine auf die Wahrung ihrer Interessen pochenden Einzelpersonen widerspricht dem nationalsozialistischen Grundsatz: „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" [10]). Die Anwendung der Güterabwägung wird abgelehnt: „Der Vergleich der objektiven Werte der in Wider-

[5]) Klee: a. a. O., Seite 75.
[6]) Vergl. Seite 89.
[7]) Vergl. auch Thierack: Seite 86.
[8]) Klee: a. a. O., Seite 93.
[9]) Seite 137.
[10]) Im gleichen Sinne die Akademieschrift, Seite 17.

streit geratenen Rechtsgüter darf nicht ausschlaggebend sein; ein energischer Angriff fordert eine energische Abwehr."

Es sollen jedoch nach Kerrl die gesamten Verhältnisse der Beteiligten nicht außer Acht gelassen werden.

Die gesunde Volksanschauung als Maßstab kann als gewisser Fortschritt in der Entwicklung der Notwehrlehre angesehen werden. Starres Bejahen oder Verneinen der Güterabwägung führt zu Härten und Unbilligkeiten. Eine schrankenlose Notwehr erscheint dort unbillig, wo zur Rettung geringwertiger Rechtsgüter wertvolle Güter verletzt oder vernichtet werden. Aber andererseits befriedigt die Güterabwägung nicht in jedem Falle, wie weiter oben des Näheren ausgeführt worden ist [11]).

Die Volksanschauung mag den Fällen des täglichen Lebens in gewissem Sinne gerecht werden. Der Notwehrer wird geschützt, ohne daß ihm willkürliche Freiheit gewährt wird. Den Hauptschutz verdient der Angegriffene, der in die Notwehrlage gedrängt wurde. Der Friedensstörer muß damit rechnen, daß sein Angriff mit den schärfsten Mitteln zurückgewiesen wird. Aber auch er verdient Schutz, wenn sein schwacher Angriff in schrankenloser Schärfe zurückgewiesen wird und auf ihn selbst zurückfällt.

Diese Vorteile, die „das lebensnahe Kriterium der gesunden Volksanschauung für die Strafjustiz eröffnet", — wie Maurach sich ausdrückt [12]), dürfen jedoch nicht überschätzt werden. Die Schwierigkeit bei der Benutzung dieses Kriteriums besteht darin, daß es nicht leicht sein wird, die wahre Volksanschauung festzustellen. Es liegt die Gefahr nahe, daß die Volksanschauung herabsinkt zu den Anschauungen bestimmter Volksklassen, die sich einander gegenüberstehen und bekämpfen. Weder die Anschauung eines behäbigen Bürgertums, noch die eines klassenkämpferischen Proletariats einer liberalistischen Staatsauffassung darf entscheidend sein.

Von Nutzen für unsere Rechtspflege kann die „gesunde Volksanschauung" nur sein, wenn nicht nur die Auffassungen bestimmter Klassen des Volkes entscheidend sind, sondern das „Verantwortungsgefühl der sich mit dem Staate eins fühlenden nationalsozialistischen Menschen." [13]).

Es darf nicht übersehen werden, daß gerade in einer Zeit, in der neue Rechtsgedanken, die dem Volke bisher noch nicht geläufig, wenn nicht gar völlig unbekannt waren, von dem Gesetzgeber einzuführen

---

[11]) Vergl. auch Klee: Seite 58.
[12]) Kritik der Notstandslehre, Seite 71.
[13]) Maurach: a. a. O., Seite 71 f.

sind, das Kriterium der gesunden Volksanschauung häufig ungeeignet sein muß. In diesen Fällen ist es Aufgabe des Gesetzgebers, erst die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß sich im Laufe der Zeit eine gesunde Volksanschauung herausbilden kann.

Wenn man die gesunde Volksanschauung heranzieht, dann muß man sich auch mit der Frage beschäftigen, welche Volksanschauung gesund ist; denn wenn es eine gesunde Volksanschauung gibt, dann muß es auch eine ungesunde geben [14]). Entscheidend für die Lösung dieser Frage wird immer die nationalsozialistische Weltanschauung sein. Aber eine gleichmäßige Beurteilung aller Einzelfälle durch die Gerichte wird sich bei der Verschiedenartigkeit der Beurteilungsmöglichkeit kaum erzielen lassen. Deshalb wäre es Aufgabe des Gesetzgebers, eindeutig festzustellen, was nach seinem Willen gesunde Volksanschauung ist. Zimmerl [15]) sagt hierzu wörtlich: „Eine Abwälzung dieser Entscheidung auf den Richter bedeutet die Abwälzung einer Verantwortung, die dieser nicht zu tragen vermag. Die ständige Verweisung auf das gesunde Volksempfinden bietet dem Richter nicht, was er braucht."

Die Gesetze des nationalsozialistischen Staates sollen möglichst volksnah sein, sodaß sie auch dem einfachen Manne aus dem Volke verständlich sind. Diese Volksnähe wird aber durch die Berufung auf die gesunde Volksanschauung nicht erhöht. Volksnah ist ein Gesetz nur dann, wenn es in allen gleichgelagerten Fällen zu gleichartigen Entscheidungen führt, die das Volk als richtig anerkennt und deren Begründung es versteht. Unsere Ausführungen führen demnach zu dem Ergebnis, daß die Verwendung des Begriffs der gesunden Volksanschauung zweifellos gewisse Fortschritte bringt, andererseits aber auch Nachteile mit sich bringt, die nicht übersehen werden dürfen und diesen Begriff gerade in einer Zeit des Umbruchs und der Rechtserneuerung wenig geeignet erscheinen lassen.

3. Notstand:

Betrachten wir nun die Regelung, die der Entwurf für den Notstandsparagraphen vorsieht.

Die Kommission formuliert ihren Vorschlag folgendermaßen:

„Wer in Notstand handelt, wird nicht bestraft.

In Notstand handelt, wer eine mit Strafe bedrohte Handlung

---

[14]) vergl. auch Zimmerl: Festschrift für Jung, Seite 241.

[15]) a. a. O.

begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr eines erheblichen Schadens von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn nicht von ihm oder dem andern nach gesunder Volksanschauung erwartet werden muß, daß er den Schaden duldet."

Im Mittelpunkt dieser Regelung steht zweifellos das Prinzip der Güterabwägung. Die Beschränkung des Notstandes auf die Rettung aus Gefahr für Leib oder Leben, wie sie sich im § 54 des geltenden Strafgesetzbuches findet, ist fallen gelassen worden; alle Rechtsgüter sind für notstandsfähig erklärt worden, da nach Ansicht der Kommission die Abspaltung der Fälle des Leibes- und Lebensnotstandes rein willkürlich geschehen ist. Weiterhin ist nach diesem Vorschlag eine Notstandshandlung nicht nur im Interesse des sich in Not Befindenden und seiner Angehörigen, sondern aller anderen Personen gestattet [16]). Durch diese Fassung werden die Fälle des übergesetzlichen Notstandes mitberücksichtigt und finden gesetzliche Anerkennung [17]).

Der Anregung, dem Fall, daß von dem Täter oder dem Gefährdeten nach gesunder Volksanschauung erwartet werden muß, daß er den Schaden dulde, den anderen Fall, daß das durch die Einwirkung verletzte Rechtsgut gegenüber dem bedrohten verhältnismäßig wertvoll war, gleichzusetzen, ist die Kommission nicht gefolgt [18]). Sie ging hierbei von der Erwägung aus, daß die Minderwertigkeit des durch die Notstandseinwirkung verletzten Rechtsgutes gegenüber dem bedrohten Rechtsgut häufig dem Volksempfinden als Maßstab für die Erlaubtheit der Notstandshandlung dienen werde, daß dieser Gesichtspunkt aber nicht erschöpfend sei. Ganz unabhängig von dem Wertverhältnis der Güter könne das gesunde Volksempfinden zu dem Urteil gelangen, daß der Täter so vorgehen dürfe, wie er es tat, und der andere sich dieses Vorgehen gefallen lassen mußte. Die Kommission stellt es beim Notstand ebenso wie bei der Notwehr auf die gesunde Volksanschauung [19]) ab. Unsere bei der Behandlung der Notwehr angeführten Bedenken gegen dieses Kriterium haben genau so auch Gültigkeit für den Notstand.

---

[16]) In diesen Punkten stimmt der Vorschlag der Kommission mit unseren, oben Seite 61 gemachten Vorschlägen überein.

[17]) Für die Fälle der Schwangerschaftsunterbrechung, an denen das Reichsgericht den übergesetzlichen Notstand entwickelt hat, sieht der Entwurf eine Sonderregelung vor, auf die im gegebenen Zusammenhang jedoch nicht eingegangen werden kann.

[18]) Klee: a. a. O., Seite 94.

[19]) In der II. Lesung wurde an die Stelle des Wortes „Volksanschauung" der Ausdruck „Volksempfinden" gesetzt.

Dem Gürtnerschen Entwurf muß zugestimmt werden, wenn er vorschlägt, die Beschränkungen, die § 54 der lex lata enthält, fallen zu lassen. Daß alle Rechtsgüter, nicht nur „Leib und Leben" für notstandsfähig erklärt werden sollen und daß Notstandshandlungen im Interesse jeder Person, nicht nur zugunsten von Angehörigen, vorgenommen werden dürfen, ist auch von uns gefordert worden [20]). Dem Entwurf können wir jedoch insofern nicht zustimmen, als er der herrschenden Lehre folgt, und auch die Fälle des sogenannten „rechtfertigenden Notstandes" als Notstandsfälle behandeln will. Wie wir oben ausgeführt haben [21]), handelt es sich u. E. in diesen Fällen überhaupt nicht um Notstandsfälle, sondern wir haben es hier mit einer Gruppe von Fällen zu tun, bei denen ein Unrechtsausschließungsgrund eigener Art vorliegt, und die von den „echten" Notstandsfällen getrennt werden müssen.

---

[20]) Vergl. Seite 61 dieser Arbeit.
[21]) Vergl. Seite 58 und Seite 61 dieser Arbeit.

§ 9.

Schlußbemerkungen.

Wir sind damit am Ende unserer Untersuchungen über das Prinzip der Güterabwägung und seine Bedeutung für das Strafrecht.

Es hat sich gezeigt, daß die Güterabwägung im geltenden Strafgesetzbuch nur in äußerst geringem Maße Anwendung gefunden hat. Anerkannt wird jedoch das Prinzip durch den in Wissenschaft und Praxis entwickelten „übergesetzlichen Notstand", dessen Bildung notwendig wurde, um Härten zu vermeiden, die durch die unzulängliche Regelung des Notstandsproblems durch das geltende Recht zu Tage traten.

Im Anschluß an die Darstellung der Anerkennung des Güterabwägungsprinzips im geltenden Recht haben wir uns mit den verschiedenen Theorien beschäftigt, von denen zwei, die Zweck- und die Güterabwägungstheorie, in der Wissenschaft größere Bedeutung erlangt haben.

Nachdem wir uns für die Richtigkeit einer der Theorien entschieden haben, und zwar für die Güterabwägungstheorie, war es in erster Linie unsere Aufgabe, die Fehler dieser Theorie, wie sie zur Zeit von der Wissenschaft vertreten wird, aufzudecken und darzulegen, auf welche Weise diese Fehler entstanden sind und wie sie vermieden werden können. Es erübrigt sich, an dieser Stelle noch einmal auf Einzelheiten einzugehen, da unsere Ansicht im § 5 dieser Arbeit eingehend dargelegt worden ist.

Weiterhin war eine Auseinandersetzung mit der Pflichtverletzungslehre der Kieler Strafrechtsschule notwendig. Dieser Lehre mußte die Zustimmung versagt werden, da sie zum Teil von falschen Voraussetzungen ausgeht. Der Rechtsgutsbegriff ist auch in heutiger Zeit nicht überholt; sein Inhalt hat sich jedoch gewandelt. An die Stelle des überkommenen individualistischen Rechtsgutsbegriffs hat ein sozialer, gemeinschaftsbezogener zu treten.

Am Ende der Arbeit war es erforderlich, auf den Gürtnerschen

Entwurf und die Regelung des Güterabwägungsprinzips durch ihn für ein neues deutsches Strafrecht einzugehen.

Die vorliegende Arbeit, die eine zusammenhängende Darstellung der mit dem Prinzip der Güterabwägung zusammenhängenden Fragen zum Gegenstand hat, hat ihren Zweck erreicht, wenn es gelungen sein sollte, zur Klärung der mit dem genannten Problem zusammenhängenden Streitfragen beigetragen zu haben.

Verzeichnis des benutzten Schrifttums.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Auflage. 1922. Nachtrag 1928.
Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. 2. Teil, II. Band. 1835.
v. Bar, Handbuch des deutschen Strafrechts. Band I. 1882.
Derselbe, Gesetz und Schuld im Strafrecht III. 1909.
Bauer, Georg, Der strafrechtliche Notstand mit bes. Berücksichtigung des BGB. 1902.
Baumgarten, Notstand und Notwehr. 1911.
Beling, Die Lehre vom Tatbestand. 1930.
Derselbe, Grundzüge des Strafrechts. 11. Aufl. 1930.
Derselbe, Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht, eine Festrede.
Berges, Zum Rechtswidrigkeitsbegriff eines völkischen Strafrechts, in Deutsches Strafrecht 1935. 442 ff.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl. 1898.
Binding, Handbuch des Strafrechts, Band I. 1885.
Derselbe, Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil. 8. Aufl. 1913.
Birnbaum, Über das Erforderniß einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Berücksichtigung der Ehrenkränkung- in Archiv des Kriminalrechts, Neue Folge. 1834.
Bockelmann, Hegels Notstandslehre (Abhandlungen des Krim. Inst. Berlin) 1935.
Broglio, Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform. 1928.
Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte. 7. Auflage von E. Heym.
Bruns, Fontes juris Romani Antiqui. 5. Auflgae. 1887.
v. Buri, Notstand und Notwehr (Gerichtssaal XXX). 1887.
Codex Juris Canonici 1917.
Corpus Juris Canonici, Post. A. L. Richteri, instruxit A. Friedeberg.
Dahm, Verbrechen und Tatbestand. 1935.
Dohna, Graf zu, Recht und Irrtum, 2 Kernprobleme der Verbrechenslehre. 1925.
Eisenmann, Güterabwägung und Verletzung Dritter im Gebiet der Notwehr. Dissertation Marburg 1929.
Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 5. Auflage. 1812.
Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts. 1911.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Auflage.
Gemmingen, Freiherr von, Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System eines Willensstrafrechts. (in Deutsches Strafrecht 1935/105 ff.)
Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, ein Lehrbuch. 2. Aufl. 1932.
Geyer, Lehre von der Notwehr. 1857.
Grünhut, Max, Grenzen des übergesetzlichen Notstandes (in Zeitschrift f. d. ges. Strafrechtswissenschaft Bd. 51. 1931).
Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht 2. Auflage. 1935.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I. Band. 1881.
Hammacher, Der Charakter der Notstandshandlung vom rechtsphilosophischen und legislativen Standpunkte. 1907.

Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. 1932.
Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts.
Derselbe, Eigenhändige Randbemerkungen zu seiner Rechtsphilosophie (Band 124b der Philos. Bibliothek) 1930.
Hegler, Die Merkmale des Verbrechens (in Z. STw. Bd. 36. 1915).
Heimberger, Rechtmäßiges und rechtswidriges Handeln (in Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil Bd. IV. 1908).
Heinitz, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. 1926.
Henkel, Heinrich, Die Rechtsnatur des Notstandes, Dissertation Frankfurt-M. 1927.
v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Band I, 1925. Band II, 1930.
Hold v. Ferneck, Freiherr, Die Rechtswidrigkeit, II. Band. 1905.
Honig, R., Einwilligung des Verletzten. 1919.
Janka Karl, Der strafrechtliche Notstand. 1878.
Kempermann, Die Erkenntnis des Verbrechens und seine Elemente (ein Beitrag zur Revolution der strafrechtlichen Dogmatik) 1934.
Kerrl, Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Pr. Justizministers. 1933.
Klee, Vorsatz und Pflichtwidrigkeit, im Archiv für Strafrecht, Band 69.
Derselbe, Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Das kommende Deutsche Strafrecht. 1935.
Derselbe, Das Verbrechen als Rechtsguts- und als Pflichtverletzung, in Deutsches Strafrecht 1936 Seite 1 ff.
Knetsch, Der Begriff der Notwehr nach der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V und dem Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Dissertation Jena 1906.
Koch, Institutiones juris Criminalis. 1779.
Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts. 1912.
Koehler, A., Deutsches Strafrecht, Allg. Teil. 1917.
Kohlrausch, Rechtswidrigkeit, in ZStW 25. 1905.
Derselbe, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1934.
Kress, Commentatio in CCC. 1721.
Lehmann, Über die zivilrechtlichen Wirkungen des Notstandes. (Jherings Jahrbücher Bd. 13).
Leipziger Kommentar (Ebermayer-Lobe-Rosenberg) Reichsstrafgesetzbuch. 5. Aufl. 1933.
v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Auflage. 1927.
Maurach, Kritik der Notstandslehre. 1935.
Mayer, M. E., Rechtsnormen und Kulturnormen. 1903.
Derselbe, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 1915.
Merkel, Rudolf, Kollisionen rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei unrechtmäßigen Handlungen. 1895.
Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, in Gerichtssaal Band 89. 1924.
Derselbe, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in der Festschrift für Ludwig Träger Seite 187 ff. 1926.
Derselbe, Strafrecht, ein Lehrbuch. 1931.
Michailoff, Der strafrechtliche Notstand, Dissertation Zürich. 1911.
Moderow, Notwehr und Notstand zugunsten des Staates. Dissertation Bonn. 1934.
Mommsen, Römisches Strafrecht. 1899.
Neubecker, Zwang und Notstand in rechtsvergleichender Darstellung. 1910.
Nitsche, Josef, Der strafrechtliche Notstand, Dissertation Breslau. 1901.
Oetker, Notwehr und Notstand. In VDA Bd. II. 1908.
v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 11. Auflage. 1927.

Planck, Das deutsche Gerichtsverfahren im Mittelalter. 1879.
Rabe, Kurt, Die Entwicklung des Notstandes von der Aufklärungszeit bis zum Reichsstrafgesetzbuch. Dissertation Göttingen. 1930.
Radbruch, Die Peinliche Gerichtsordnung Karl V. Verlag Reklam.
Reichsgericht, Entscheidungen in Strafsachen. Bände: 23. 54. 55. 61. 62. 30. 56. 60.
Rein, Criminalrecht der Römer. 1844.
Sauer, Grundlagen des Strafrechts. 1921.
Schaper, Begriff und allgemeiner Thatbestand des Verbrechens, in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. Band II.
Schäfer, Leopold, Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927.
Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Rechts. 1930.
Derselbe, Zur Problematik der teleologischen Begriffsbildung im Strafrecht. 1934.
Derselbe, Das Verbrechen als Pflichtverletzung. 1935.
Schmidt, Eberhard, Das Reichsgericht und der übergesetzliche Notstand. ZStW. 49. 1929.
Derselbe, Der übergesetzliche Notstand. (Sonderabdruck aus Mitteilungen der I.K.V. 5. Band.) 1931.
Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. (Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre.) Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Heft 14. 1930.
Schwinge-Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht. 1937.
Siegert, Notstand und Putativnotstand. (Beiträge zur Strafrechtswissenschaft 2) 1931.
Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstandes 1878.
Schott, De furto ex necessitate commissio. 1772.
Stenglein, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher. Bände I—XIII. 1857.
Thierack, Notwehr, Notstand — Rechtfertigungsgründe im neuen Strafrecht. In der Denkschrift des Zentralausschusses der Rechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht über die Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts. Heft 1 der Schriften der Akademie für Deutsches Recht.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. 1878.
Titze, Die Notstandsrechte im deutschen BGB und ihre geschichtliche Entwicklung. 1897.
Wachinger, Der übergesetzliche Notstand nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts. in Festgabe für R. v. Frank, herausgegeben von A. Hegler. Band I. 1930.
Derselbe, Der übergesetzliche Notstand. (Sonderabdruck aus Mitteilungen der I.K.V. 5. Band.) 1931.
Wegner, A., Kriminelles Unrecht, Staatsunrecht und Völkerrecht. (Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft Heft 7.). 1925.
Wolf, Erik, Grotius, Pufendorf, Thomasius. 1927.
Zimmerl, Strafrechtliche Arbeitsmethode de lege ferenda. 1931.
Derselbe, Aufbau des Strafrechtssystems. 1930.
Derselbe, Gesetz und materielle Gerechtigkeit im Strafrecht. In Festschrift für Erich Jung zum 70. Geburtstag. 1937.

Lebenslauf.

Ich, Lothar Kohlstruck, wurde am 18. Juli 1912 zu Berlin-Tegel geboren. Hier verlebte ich auch meine Jugendjahre, besuchte ab Ostern 1919 3 Jahre die Volksschule und anschließend 9 Jahre das Humboldt-Realgymnasium. Am 15. Februar 1931 bestand ich an dieser Anstalt die Reifeprüfung. Ich studierte sodann an den Universitäten Marburg-Lahn und Berlin Rechtswissenschaft. Das Referendarexamen legte ich am 14. Oktober 1935 vor dem Kammergericht ab. Seit dem 1. Dezember 1935 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 19. Dezember 1936 in Marburg. Die Anregung zu dieser Arbeit gab Herr Professor Dr. Zimmerl, dem ich auch an dieser Stelle meinen ergebensten Dank für seine wertvollen Anregungen und seine hilfreiche Unterstützung aussprechen möchte.